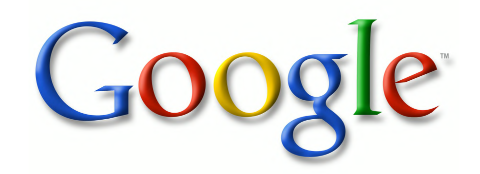


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


FOR TX
3 2044 103 205 696

DIE VERURTHEILUNG

ZUR

ABGABE VON WILLENSERKLÄRUNGEN

UND

ZU RECHTSHANDLUNGEN.

VON

THEODOR KIPP.

SONDER-ABDRUCK AUS: FESTGABE DER KIELER JURISTENFAKULTÄT ZU RUDOLF VON JHERINGS FÜNFZIGJÄHRIGEM DOKTORJUBILÄUM.

KIEL UND LEIPZIG.
VERLAG VON LIPSIUS & TISCHER.
1892.

K.



HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 2 4 1934



DIE VERURTHEILUNG

ZUR

ABGABE VON WILLENSERKLÄRUNGEN

UND

ZU RECHTSHANDLUNGEN.

VON

THEODOR KIPP.

DIE VERURTHEILUNG

ZUR

ABGABE VON WILLENSERKLÄRUNGEN

UND

ZU RECHTSHANDLUNGEN.

VON

THEODOR KIPP.

SONDER-ABDRUCK AUS: FESTGABE DER KIELER JURISTENFAKULTÄT ZU RUDOLF VON JHERINGS FÜNFZIGJÄHRIGEM DOKTORJUBILÄUM.

KIEL UND LEIPZIG.
VERLAG VON LIPSIUS & TISCHER.
1892.

FOR TT
K576v.

JUL 24 1934
7/24/34

Einleitung.

Drei Stadien des Civilprozesses sind es, in denen seine Bedeutung für das materielle Privatrecht, dem er dient, am hellsten zu Tage tritt: die Einführung des materiellen Rechtsverhältnisses in den Prozess, das Urtheil und die Zwangsvollstreckung. Von diesen haben Prozessbeginn und Urtheil von jeher sich der genauesten Aufmerksamkeit der Civilisten zu erfreuen gehabt. Nicht so die Zwangsvollstreckung. Und doch ist sie die eigentliche Bekrönung des prozessualen Gebäudes; denn erst das Recht der Zwangsvollstreckung zeigt, was der Prozess für die Durchsetzung des privatrechtlichen Anspruches zu leisten im Stande ist. Und der Einfluss, welchen manche Akte der Zwangsvollstreckung auf den in ihr befangenen Anspruch ausüben, ist nicht minder tief und interessant, wie derjenige des Prozessbeginnes und des Urtheils.

Die gegenwärtige Abhandlung stellt sich zur Aufgabe, die Verwirklichung des Rechtes auf Willenserklärungen und solche Rechtshandlungen, welche mehr sind als reine Willenserklärungen, einer Untersuchung zu unterziehen, bei welcher der erste Punkt, die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung und die Vollstreckung eines solchen Urtheils gemäss § 779 C.-Pr.-O. in den Mittelpunkt gestellt werden soll. Der angeführte Paragraph bestimmt:

> „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat. Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt diese Wirkung ein, sobald nach den Bestimmungen der §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist.
>
> Die Vorschrift des ersten Absatzes kommt im Falle der Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung.“

Soweit der hiermit aufgestellte Grundsatz reicht, hat das richterliche Urtheil die vollkommenste Wirkung, welche sich denken lässt. Es ist in gewissem Sinne ein Gegenstück zu dem Gesetz, welches schon die Römer als das vollkommene bezeichnen. Wie dort kraft allgemeinen Rechtssatzes eine dem Verbot zuwider abgegebene Willenserklärung vom Rechte ignorirt, ihr die Wirkung versagt wird, welche sie herbeiführen will, so tritt hier kraft konkreten Gebotes des Richters, wenn eine Willenserklärung rechtlicher Verpflichtung zuwider nicht abgegeben ist, die Wirkung, welche sie herbeiführen sollte, ebenso ein, wie wenn sie abgegeben wäre. Wie die lex perfecta nicht Thatsachen, welche sich zugetragen haben, aus der Welt schaffen, sondern nur Rechtsfolgen versagen kann, so kann das richterliche Urtheil — und das wird als die Schranke der Anwendbarkeit des § 779 C.-Pr.-O. genauer zu verfolgen sein — dem Kläger nicht das geringste thatsächliche Moment ersetzen, wenn er an diesem, und nicht blos an seinen Rechtsfolgen ein Interesse hat; es kann ihm nur die Rechtsfolgen verleihen, deren Begründung durch Willenserklärung der Beklagte verweigert. Diese aber unter Verzicht auf die Erklärung an den Richterspruch zu knüpfen, hat das Recht immer die Macht, eben weil es sich dabei innerhalb seines eigensten Gebietes bewegt, und es ist vollkommen berechtigt, wenn die Motive zur C.-Pr.-O. [1]) sagen, dass es den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Noth belästigen würde, wenn man einen Zwang zur Erwirkung der Erklärung anwenden wollte. Diese Begründung ist kurz und schlagend; dürftig vermögen wir sie nicht zu finden [2]).

Der § 779 C.-Pr.-O. lehnt sich bewusst an die Bestimmungen des preussischen Grundbuchrechtes, nach welchen bei vielen, freilich keineswegs allen, Eintragungen und Löschungen im Grundbuche die erforderliche Einwilligung eines Betheiligten durch dessen rechtskräftige Verurtheilung zur Einwilligung ersetzt wird. [3])

[1]) S. 443 (Hahn, Materialien S. 466).

[2]) Gegen Degenkolb, Archiv f. d. civ. Praxis B. 71 S. 75.

[3]) Vgl. Motive a. a. O., Ges. v. 24. V. 1853 betr. einige Abänderungen der Hypothekenordnung vom 20. XII. 1783 § 32, Ges. v. 21. III. 1868 betr. die Einführung von Grund- und Hypothekenbüchern in Neuvorpommern und Rügen § 96, Ges. über den Eigenthumserwerb u. s. w. v. 5. V. 1872 §§ 3. 14. 19 Nr. 2. 53. 65 Abs. 2, Grundbuchordn. §§ 53. 85. 94 Nr. 2. Vgl. Turnau, Grundbuchordnung, zu § 48. Anm. II, 2 S. 190.

Wenn man aber unter Bezugnahme auf diese Bestimmungen oft sagt, der Grundsatz der C.-Pr.-O. verdanke dem preussischen Rechte seine Entstehung [1]), oder: aus Rücksicht gegen die preussische Gesetzgebung werde die Willenserklärung anders behandelt als die Handlung, [2]) so übersieht man, dass auch andere deutsche Rechte im Gebiete des Grund- und Hypothekenbuchwesens den gleichen oder doch ähnlichen Grundsätzen folgen, so das sächsische [3]), hannoversche [4]), braunschweigische [5]), und dass auch ausserhalb des Grundbuchrechtes der Satz der C.-Pr.-O. nicht ohne Anhalt im früheren deutschen Rechte ist.

Allerdings das römische Recht ist von einem solchen Grundsatz weit entfernt. Es wendet bekanntlich auch da, wo auf Abgabe einer Willenserklärung, z. B. auf eine Stipulation oder Acceptilation geklagt wird, im Formularprozesse nur den in der drohenden Geldcondemnation liegenden Zwang an, um die Willenserklärung zu erzielen, und wenn im Cognitionenverfahren vom cogere zur Abgabe einer Willenserklärung die Rede ist, so haben wir keinerlei Gründe, darunter etwas anderes als den indirekten Zwang durch multa und pignoris capio zu verstehen.

Nichts zeigt deutlicher die Scheu des römischen Rechts davor, die Willenserklärung durch das sie gebietende Dekret ersetzen zu lassen, als etwa die Bestimmung über den Zwang zur auctoritatis interpositio gegen den Frauentutor. [6]) Zwar ist es vollkommen begreiflich, dass man nicht sogleich dazu schritt, die auctoritas tutoris allgemein für überflüssig zu erklären, die Frauentutel also zu beseitigen, sondern dass zunächst der Prätor dem Tutor die Ertheilung der auctoritas im Einzelfalle auf Grund angestellter Prüfung der Sachlage [7]) befahl. Das Bemerkenswerthe ist nur, dass der Prätor nicht auf Grund des Dekrets seine Jurisdiction so handhabt, wie wenn die

---

1) Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 2, Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 312.

2) Endemann zu § 779 B. 3 S. 330.

3) Sächs. B. G.-B. §§ 277. 395. 460. 508. 514.

4) Ges. üb. das Pfandrecht vom 14. Dec. 1864 §§ 32. 76.

5) C.-Pr.-O. vom 19. III. 1850 § 381.

6) Gai. I, 190. 192. II, 122.

7) Saepe . . . cogitur. Gai. I, 190 vgl. 192.

auctoritas gegeben wäre, sondern dass Zwangsmassregeln von immerhin nicht ganz sicherer Wirkung eintreten.[1])

Justinian bestimmte (C. 3, 28, 36 § 2a), dass, wenn der eingesetzte Erbe, dem ein Querelberechtigter gegenübertritt, nicht binnen bestimmter Zeit die Erbschaft antritt, er dazu gezwungen werden soll: *per officium quidem iudicis scriptum (heredem) compelli hoc facere.* Wenn man darüber streitet, ob hierbei dem Eingesetzten das Präjudiz der Antretung oder das der Ausschlagung der Erbschaft zu stellen sei,[2]) so möchten wir dem gegenüber glauben, dass die Bestimmung überhaupt ein durch den Richter zu stellendes Präjudiz nicht vorsieht; vielmehr soll dem Erben durch das Unterpersonal des Gerichts mit nichtgenannten Pressionsmitteln die Antretungserklärung abgenöthigt werden.[3]) Ebenso bedeuten in C. 6, 61, 8 § 1a (Justinian) die Worte: *necessitate per officium patri imponenda tantummodo filio consentire vel agenti vel fugienti, ne iudicium sine patria voluntate videatur consistere,* dass die reale Zustimmung des Vaters zu der Prozessführung des Sohnes erforderlich ist, aber dem Vater durch das Exekutionspersonal abgenöthigt werden soll.

Nur in vereinzelten Fällen findet sich, dass die Willenserklärung, auf deren Abgabe das Verfahren sich richtet, durch Dekret ersetzt werden kann. So in dem Verfahren behufs Erwirkung der cautio damni infecti[4]); so ferner in den bekannten Fällen im Prozess um fideikommissarisch vermachte Freilassung; aber charakteristisch genug

---

[1]) Handelte es sich um auctoritas zu einem Testament, so gab zwar der Prätor auch ohne sie b. p. sec. tab., aber fraglich, ob eine gegen den Civilerben wirksame. Gai. II, 118—122.

[2]) Windscheid, Pandekten B. 3 § 584[12] und die dort Angeführten. Unzner, die querela inofficiosi (München 1891) S. 60 ff.

[3]) *Per officium iudicis,* nicht *officio iudicis!* Vgl. C. 8, 22, (23) 2 pr. (Alexander): *Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius qui ita decrevit, venumdari solet.* C. 4, 15, 3 (Gord.): *ut ad solutionem per officium procuratoris compellantur.*

[4]) Schon lex Rubr. c. 20 giebt actio ficticia, wie wenn die Caution geleistet wäre, wenn vor der Befolgung des sie anordnenden Dekretes ein Schade eintritt. Ueber das hadrianische Edikt: D. 39, 2, 7 pr. D. 43, 4, 4 §§ 2. 3. (Ulp.) Das Nähere bei Burckhard, cautio damni infecti S. 584 ff., 603 ff. Zu beachten bleibt übrigens, dass die actio in gewissen Fällen auch ohne den Cautionsbefehl gegeben wird. Burckhard S. 620 ff.

ersetzt hier der Magistrat die Freilassungserklärung des anwesenden erklärungsfähigen Beklagten nicht, diesen zwingt er, sie selbst abzugeben [1]), und nur bei Abwesenheit des Beklagten oder dessen Kindheit, Wahnsinn oder ähnlichen Hindernissen tritt die Freiheit durch Spruch des Magistrates ein [2]). Auch der Zwang zur Antretung und Restitution der Erbschaft auf Klage des Universalfideikommissars ist im allgemeinen als Zwang zur realen Abgabe dieser Erklärungen zu verstehen. [3]) Nur in Ausnahmefällen werden sie fingirt [4]) und so auch auf Grund des Contumacialurtheils bei Ausbleiben des Beklagten vor oder nach der Litiscontestation [5]). Mögen sich auch noch einige andere Erschein-

---

[1]) C. 7, 4, 11 § 1 (Diocl.): *si tibi deberi libertatem perspexerit, ad manumittendum eum qui debet urgueat, vel si latitet, contra latitantem interposito decreto tibi prospiciat.* Nämlich in dem letzteren Falle soll nach dem S.-C. Rubrianum (D. 40, 5, 26 § 7) verfahren werden, während der anwesende Beklagte zu der realen Erklärung gedrängt werden soll.

[2]) Ungehorsames Ausbleiben: S.-C. Rubrian. D. 40, 5, 26 § 7. fr. 28 § 1, Abwesenheit ex iusta causa: S.-C. Dasumian. D. 40, 5, 51 §§ 4. 6, S.-C. Juncian. D. 40, 5, 28 § 4, Kindheit, Wahnsinn, Taubheit, Stummheit, Tod ohne Erben: D. 40, 5, 30 §§ 1—14 (Ulp.).

[3]) Jussu prätoris adire (Gai 2, 258, J. 2, 23 § 6) heisst auf Befehl des Prätors antreten, cogere adire et restituere (z. B. D. 36, 1, 4 [Ulp.]) muss bis zum Gegenbeweise vom Zwang zur realen Antretung und Restitutionserklärung verstanden werden, und nichts deutet an, dass der Zwang zum Antritt ein anderer sei, als der zur Erfüllung einer dem Erben auferlegten Bedingung (z. B. D. 36, 1, 65 (63) § 7), während in letzterer Beziehung doch nur an Zwang zur realen Erfüllung gedacht werden kann. Auch die Ausnahmebestimmungen bestätigen als Regel, dass die Antretungs- und Restitutionserklärung unerlässlich war. Danach kann Ubbelohde, Archiv f. d. civil. Praxis B. 61 S. 75, welcher es für sehr wohl möglich erklärt, dass kraft des iussus praetoris die Antretung ohne weiteres als geschehen galt, nicht beigetreten werden.

[4]) D. 29, 1, 13 § 4 (Ulp.). fr. 14 (Maecian.). C. 6, 49, 7 (Justinian.). D. 36, 1, 69 (67) pr. (Valens). fr. 46 (44) pr. (Marcell.).

[5]) C. 6, 49, 7 § 1 b. c. Zwar ist bestritten, ob hier von ungehorsamem Ausbleiben im Prozess die Rede und Contumacialurtheil erforderlich sei. Dafür Brinz, Pandekten B. 3 S. 443 [35]. Dagegen Windscheid, Pandekten B. 3 § 666 [9], welcher den Fall dahin formulirt: „wenn der Erbe sich der Belangung oder Verurtheilung arglistiger Weise entzieht", Dernburg, Pandekten B. 3 § 131, 4, welcher „bei Abwesenheit des Fiduciars ohne Vertreter" Uebergang der Erbschaft auf den Fideikommissar „ohne Restitution oder Urtheil" annimmt. Allein die Erbfolge des Fideikommissars stände praktisch auf einer sehr unsichern Grundlage, wenn nicht durch das gegen den Fiduciar erlassene Urtheil (mit Wirkung gegen Dritte) die Antretung und Restitution fingirt

ungen gleicher Art nachweisen lassen, so wird es sich dabei doch immer nur, wie in den angeführten Fällen, um ausnahmsweise für besondere Verhältnisse getroffene Anordnungen handeln können.

Allerdings sind nicht blos die Klagen auf reine Willenserklärungen in Betracht zu ziehen, sondern auch diejenigen auf Herausgabe einer Sache, sofern sie nicht blos zum Zwecke der Herstellung des einem bestehenden Rechte entsprechenden thatsächlichen Zustandes, sondern zum Zwecke der Konstituirung eines Rechtsverhältnisses, z. B. zum Zwecke der Eigenthumsübertragung, begehrt wird. Wenn es richtig ist, dass auch in solchen Fällen schon nach justinianischem Rechte auf die Sache selbst erkannt und das Urtheil durch gerichtliche Wegnahme und Uebergabe an den Kläger vollstreckt wurde, [1]) so surrogirte

---

würde, sondern der Fideikommissar z. B. jedem einzelnen Erbschaftsschuldner den Beweis führen müsste, dass der Erbe sich der Belangung oder Verurtheilung arglistiger Weise entzogen habe, oder dass er ohne Vertreter abwesend sei; zudem sind beide Voraussetzungen sehr unbestimmte. Nach der Ausdrucksweise Justinians: *cum .... dolo malo vel post litem contestatam vel antea sese contumaciter celaverit* (§ 1b.), und: *sive per contumaciam afuerit* (§ 1c), kann es kaum zweifelhaft sein, dass das Ausbleiben im Prozess trotz richterlicher Ladung gemeint ist; denn dies ist der technische Sinn des per contumaciam abesse (D. 42, 1, 53 § 1 [Hermog.]), und es ist demnach unberechtigt, wenn Windscheid a. a. O. sagt, die hier vertretene Meinung habe in den Worten der Stelle keinen Anhalt. Dass nun gegen den Ausgebliebenen ein Spruch gefällt wurde, ähnlich wie nach dem S.-C. Rubrianum, wird nicht zu bezweifeln sein, wenn wir auch nicht wissen, wie derselbe des Genaueren zu lauten hatte. Ist es aber das Contumacialurtheil in dem auf die Antretung und Restitution gerichteten Prozesse, welches diese Erklärungen ersetzt, so sollte in heutigen Pandektenlehrbüchern der ganze Satz keine selbstständige Stelle mehr einnehmen. Er ist durch die C.-Pr.-O. beseitigt. Heutzutage ist auf die Klage des Fideikommissars beim Ausbleiben des Beklagten das regelmässige Versäumnissurtheil nach § 296 C.-Pr.-O. zu erlassen, und nicht mehr auf Justinians Vorschrift, sondern auf § 779 C.-Pr.-O. beruht es, dass dieses die Erklärung ersetzt. Dem Abwesenden eine Klage zuzustellen, gibt es nach C.-Pr.-O. Mittel; auch kann den Fideikommissar unter Umständen der Antrag auf Bestellung eines Vormundes für den abwesenden Fiduciar nach Massgabe von Vorm.-O. §§ 82. 83 Abs. 3 zum Ziele führen. In den gewiss sehr seltenen Fällen, in welchen alle diese Mittel versagen, ist ihm freilich nicht zu helfen.

[1]) Dafür Puchta, Institutionen B. 1 § 188, Wächter, Erörterungen H. 2 S. 27 [17], Bethmann-Hollweg, Civilprozess B. 3 S. 293. 313 f., Wetzell, Civilprozess § 50 S. 647. Den Gegnern dieser Meinung (Sintenis Zeitschr. f. Civilr. und Proz. B. 11 S. 20 ff., bes. S. 72 ff., Ziebarth, Real-

dieser Akt die auf Eigenthumsübertragung gerichtete Willenserklärung des Beklagten.[1]) Aber dabei versteckt sich diese Funktion der Zwangsvollstreckung hinter der Wegnahme der Sache, und es ist nicht erlaubt, daraus über die sonst bezeugten Fälle hinaus auf die Befugniss des Richters zu schliessen, reine Willenserklärungen des Beklagten durch sein Dekret zu ersetzen.

Der gemeine Civilprozess kannte nach der regelmässigen Darstellung diese Befugniss des Richters ebenfalls nicht. Man unterschied gewöhnlich Zwangsvollstreckung wegen Geldleistungen (oder wegen Leistung von Geld und anderen Fungibilien), wegen Leistung anderer Sachen und wegen Handlungen und Unterlassungen.[2]) Für die Zwangsvollstreckung auf Herausgabe von Sachen war anerkannt, dass die gerichtliche Wegnahme der Sache den juristischen Erfolg hatte, welchen die Uebergabe von seiten des Beklagten nach Lage des Falles gehabt haben würde, also die entsprechende Willenserklärung des Beklagten ersetzte.[3]) Dagegen werden in dem Kreise der Handlungen die Willenserklärungen regelmässig nicht besonders behandelt, so dass also auch bei ihnen die gewöhnlichen Mittel der Zwangsvollstreckung wegen Handlungen anwendbar erscheinen müssen.[4])

Völlig anders lehrt Osterloh:[5]) „Ist der Schuldner zur Vornahme einer Handlung verpflichtet, so ist zu unterscheiden, ob der

---

exekution S. 158ff., Renaud, Lehrbuch des Civilprozessrechts § 170 [7]) ist zuzugeben, dass die dafür gewöhnlich angeführten Beläge (J. 4, 6 § 32, C. 7,4,17. 7,45,14 [Justinian.]) keineswegs zwingend sind. Auch Nov. 167 (forma praef. praet.), worin Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 313 [11] eine ausdrückliche Bezeugung des Satzes sieht, ist nicht von zweifelloser Deutlichkeit. Genauere Untersuchung würde hier zu weit führen.

[1]) Wächter a. a. O. S. 31, Bethmann-Hollweg a. a. O. B. 3. S. 313 f., Wetzell a. a. O.

[2]) Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §§ 270 ff., Heffter, System des Civilprozessrechtes § 518, A. C. J. Schmid, Handbuch des Civilprozesses B. 3 § 224, Bayer, Vorträge §§ 333 ff., Osterloh, Lehrbuch des Civilprozesses B. 2 §§ 233ff., Renaud a. a. O. §§ 167 ff., Wetzell a. a. O. § 50.

[3]) Wächter a. a. O. S. 21 ff., Osterloh a. a. O. § 234 (vgl. Note 8 das.), Renaud a. a. O. S. 471. f., Wetzell a. a. O. S. 647.

[4]) Martin a. a. O. § 273, Heffter a. a. O. S. 633, A. C. J. Schmid, a. a. O. S. 347 f., Bayer a. a. O. § 336, Renaud a. a. O. § 171, Wetzell, a. a. O. S. 649 f.

[5]) A. a. O. § 235 S. 162.

Zweck der Hülfsvollstreckung durch die Fiction ihrer Vornahme erreicht wird oder nicht. Im ersteren Fall" — der bei jedem Urtheil auf Abgabe einer Willenserklärung vorliegt — „spricht der Richter den Eintritt dieser Fiction nach Ablauf der Paritionsfrist ohne Weiteres aus" und zwar, wie Osterloh hinzufügt, der Kürze halber gewöhnlich schon im Voraus im Urtheil selbst. [1])

Man sollte aber auch bei den anderen Prozessualisten fast irre daran werden, ob sie die Willenserklärung wirklich den Vorschriften der Exekution wegen Handlungen unterwerfen wollen, und nicht vielmehr die Willenserklärung in der traditionellen Darstellung des Exekutionsrechtes übersehen wurde, [2]) wenn man betrachtet, wie völlig unbefangen zahlreiche Civilisten auf dem Boden des gemeinen Rechts bei vielen einzelnen Willenserklärungen aussprechen, dass, wenn der zu ihrer Abgabe Verurtheilte dem Urtheil nicht nachkomme, der Richter durch Dekret die Willenserklärung ersetze. Dies geschieht namentlich bei der Verurtheilung zur Bestellung einer Servitut, [3]) einer Emphyteuse [4]) oder Superficies [5]), zur Cession einer Forderung, [6]) auch

[1]) Osterloh bemerkt dazu (Anm. 1), dass dies nach J. R.-A. § 159 ohnehin geschehen sollte. Dieser § sagt aber nur, dass die Androhung der Exekution auf den Fall der Nichtbefolgung des Urtheils innerhalb der Paritionsfrist schon im Endurtheil erfolgen soll; von dem von Osterloh behaupteten Exekutionsmodus ist dabei nicht die Rede.

[2]) Auch Menger, Arch. f. d. civ. Praxis. B. 55 (1872) S. 390 ff. räumt in der als erschöpfend gedachten Aufzählung von Urtheilsinhalten der Willenserklärung keinen Platz ein und lässt sie bei der Darstellung der Zwangsvollstreckung unbeachtet, trotzdem ihm, wie die sonstige eingehende Berücksichtigung zeigt, der norddeutsche Entwurf und der deutsche von 1871 vorlag, welche den Grundsatz des § 779 C.-Pr.-O. bereits enthalten (nordd. Entw. § 1059, deutsch. Entw. § 699).

[3]) Savigny, Obligationen B. 1 S. 379, Puchta, Pandekten § 187 a. E., Arndts, Pandekten § 188h, Wächter, Pandekten B. 2 S. 253, welche annehmen, dass ein entsprechender Bescheid nach dem Urtheil ergeht, Windscheid, Pandekten (5. Aufl.) B. 1 § 214 [2] (unabhängig von C.-Pr.-O.), welcher sagt, dass der Richter im Voraus die Servitut für bestellt erkläre, wenn der Verurtheilte die Bestellung nicht vornehmen sollte.

[4]) Arndts a. a. O. § 198 [e], Windscheid a. a. O. B. 1 § 221 [5].

[5]) Windscheid a. a. O. B. 1 § 223 [13].

[6]) Mühlenbruch, Cession § 40 S. 451, Windscheid a. a. O. B. 2 § 330 [9].

allgemein bei der Verurtheilung zum Abschluss eines Vertrages,[1]) bei Verurtheilung des Erben zur Antretung der Erbschaft auf Klage des Universalfideikommissars.[2]) Die Begründung dieser Aufstellungen ist freilich, wenn sie nicht ganz ohne Gründe vorgetragen werden, sehr dürftig. Windscheid sagt bei den Servituten, der Richter müsse die Befugniss zu einer solchen Ergänzung der Willenserklärung des Verurtheilten in gleicher Weise haben, wie er sie bei der Eigenthumsübertragung habe, auch bei der Emphyteuse wird von ihm nur auf das bei Servituten und Eigenthum Bemerkte, bei der Superficies auf die Emphyteuse verwiesen. Bei der Cession erfolgt Verweisung auf die Eigenthumsübertragung, beim Vertragsschluss auf das bei ihr und den anderen genannten dinglichen Rechten Gesagte, bei dem Universalfideikommiss auf die Bestellung von Servituten und Emphyteuse. Die ganze Begründung reduzirt sich also ausschliesslich darauf, dass, was bei der Eigenthumsübertragung gelte, bei den andern genannten Akten nicht anders sein könne. Dass aber dieser Schluss nicht stichhaltig ist, liegt auf der Hand; denn nur bei dem Eigenthum, nicht bei jenen andern Akten handelt es sich um Vollstreckung des Urtheils durch Wegnahme einer Sache[3]) und es ist bereits hervorgehoben, dass, was bei dieser gilt, keinen Schluss auf die Ergänzung der reinen Willenserklärung durch Richterspruch zulässt.

Indessen da das Ziel dieser Arbeit auf die Untersuchung des geltenden Rechtes gerichtet ist, so mag es dahin gestellt bleiben, wie weit die Tendenz, das auf Willenserklärung gerichtete Urtheil mit dem einfachen und unfehlbaren Mittel der Fiction zu vollstrecken, in der deutschen Doktrin zurückgeht, und inwieweit ihr eine gemeinrechtliche Praxis zur Seite stand. Partikularrechtlich kam diese

---

[1]) Regelsberger, Civilrechtl. Erörterungen H. 1 S. 131, Windscheid a. a. O. B. 2 § 310 [2]. Dagegen Göppert, Krit. V.-J.-Schr. B. 14 S. 412 f., Degenkolb, Archiv f. d. civil. Praxis B. 71 S. 45 [67], S. 78 [43].

[2]) Holzschuher, Theorie und Kasuistik B. 2 § 199 zu 11 Note **, Ubbelohde, Archiv f. d. civ. Praxis B. 61 S. 76, Windscheid, a. a. O. B. 3 § 664 [7], Wächter a. a. O. B. 2. S. 822, Brinz, Pandekten B. 3,1 S. 443 f. Brinz spricht auch von der Verurtheilung zur Restitutionserklärung.

[3]) Windscheid verlangt für die Konstituirung von Servituten, Superficies und Emphyteuse keine Tradition, a. a. O. B. 1 § 212 [1], § 221 [3], § 223 [12].

Exekutionsweise jedenfalls vor. Vollkommen durchgebildet war sie im kgl. sächsischen Rechte. Das Exekutionsgesetz vom 28. Februar 1838 bestimmt im § 70:

„Kann der Zweck der Entscheidung erreicht werden, wenn die vorzunehmende Handlung im Unterlassungsfalle für geleistet geachtet wird (z. B. bei der Verurtheilung zur Auflassung der Lehen an einem Grundstück, zur Erklärung wegen Bestellung oder Löschung einer Hypothek und dergleichen), so ist dem Verpflichteten die Vollziehung der Handlung lediglich mit der Andeutung aufzulegen, dass selbige, wenn er sie binnen der dazu eingeräumten Frist nicht vornehmen würde, für wirklich vollzogen werde geachtet werden.

Diese Andeutung tritt nach Ablauf der Frist, wenn die Auflage unbefolgt geblieben ist, ohne Weiteres in Kraft. Es haben aber die Gerichte und Spruchbehörden in dergleichen Fällen die Erkenntnisse künftig so zu fassen, dass es einer solchen Auflage nicht erst bedarf.“

Die letzte Bestimmung sollte bedeuten, dass schon das Urtheil die Auflage und das Präjudiz in sich aufnehmen solle;[1]) es ist also genau das Verfahren, welches Osterloh, der Leipziger Lehrer des Prozessrechtes, als das gemeinrechtliche hinstellt.[2]) Zwischen diesem Verfahren und demjenigen der C.-Pr.-O. besteht aber noch der grosse Unterschied, dass nach jenem das Urtheil dem Beklagten die Abgabe der Willenserklärung wirklich gebietet, und erst wenn diesem Gebote innerhalb der Paritionsfrist nicht gehorcht wird, die Willenserklärung als abgegeben gilt, während nach dem Rechte der C.-Pr.-O. dieser Erfolg unmittelbar durch die Rechtskraft des Urtheils herbeigeführt wird, ein Fortschritt, welcher vollkommen in der Konsequenz des ganzen Vollstreckungssystems der C.-Pr.-O. liegt, welche Paritionsfristen überall nicht kennt.

---

[1]) Beck, das Exekutionsgesetz vom 28. Febr. 1838 (Leipz. 1839) S. 81.

[2]) Der Entwurf einer bürgerlichen Prozessordnung von 1865 § 1183 giebt im Wesentlichen die Bestimmungen des Exekutionsgesetzes wieder, jedoch mit dem Hinzufügen, dass nach erfolglosem Ablaufe der Frist dem Kläger auf Verlangen über die Nichtbefolgung des Urtheils und darüber, dass die Handlung als geschehen zu betrachten sei, ein Zeugniss ausgestellt werden sollte. Vgl. auch den schleswig-holsteinischen Entwurf eines Gesetzes betr. das Verfahren in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten von 1849 § 278, wonach die zu erzwingende Handlung in geeigneten Fällen für geschehen vom Gericht erklärt werden kann.

I.

Die Wirkungen der rechtskräftigen Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung.

Soll die Verurtheilung zu Willenserklärungen nach dem Rechte der C.-Pr.-O. genauer betrachtet werden, so wird es sich empfehlen, zunächst die Wirkungen eines solchen Urtheils zu untersuchen, und erst dann zu fragen, welche Erklärungen als Willenserklärungen im Sinne des § 779 der C.-Pr.-O. anzusehen sind. Denn da der Paragraph selbst keinerlei Auskunft hierüber giebt, so kann nur aus den Wirkungen, welche er dem Urtheil beilegt, ermessen werden, welche Erklärungen er im Auge gehabt haben kann und welche nicht. Wir sprechen dabei zunächst ausschliesslich von dem Urtheil, welches unbeschränkt zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, die Willenserklärung nicht von einer Gegenleistung abhängig macht, und ausschliesslich von dem rechtskräftigen Urtheil; die Frage, ob und mit welchen Wirkungen ein Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, bleibt vorerst ausser Ansatz.

Die Wirkung des Urtheils besteht in der Fiction der Willenserklärung. Dass es eine Fiction ist, hoffen wir später zu erweisen, und gestatten uns deshalb schon jetzt diesen Ausdruck.

Die Willenserklärung gilt als abgegeben, „sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat.“ Es bedarf also dazu nicht der Ertheilung der Vollstreckungsklausel. Zwar fasst die C.-Pr.-O. die Fiction der Willenserklärung ausweislich der Stellung, welche sie dem § 779 gegeben hat, als einen Akt der Zwangsvollstreckung auf, und es wird sich auch bei der Besprechung der Wirkung des Urtheils gegen Dritte ergeben, dass dies keineswegs gleichgültig ist. Aber es handelt sich doch um eine unmittelbare Wirkung des richterlichen Gebotes, welche die eigentliche Zwangsvollstreckung überflüssig macht, wie denn auch die Motive[1]) mit Recht sagen, dass die Willenserklärung vermöge der Bestimmung des § 779 C.-Pr.-O. der Zwangsvollstreckung ganz entzogen wird. Die Voll-

[1]) S. 443. (Hahn, Materialien S. 466).

streckungsklausel aber ist ihrem eigentlichen Zwecke nach Grundlage für die auf das Urtheil folgenden Zwangsvollstreckungsakte (§ 662 C.-Pr.-O.), wenn sie auch, wie § 779 Abs. 1 Satz 2 lehrt, zu anderen Zwecken vorkommen kann. Es war also ganz sachgemäss, dass die C.-Pr.-O. die hier fragliche Wirkung des Urtheils selbst an die Rechtskraft und nicht erst an die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung knüpfte. Wenn diese Auffassung noch der Bestätigung bedarf, so liegt sie darin, dass für den Fall der Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung die Fiction ausnahmsweise und aus besonderen Gründen erst mit der Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eintreten soll, eine Ausnahme, welche später zu besprechen sein wird. Auch die Zustellung des Urtheils, soweit sie nicht mitbedingend für den Eintritt seiner Rechtskraft ist, ist gemäss § 283 Abs. 2 C.-Pr.-O. nicht erforderlich. Denn die Vorschrift des § 671 Abs. 1 C.-Pr.-O., welche vorherige oder gleichzeitige Zustellung des Urtheils für den Beginn der Zwangsvollstreckung fordert, trifft nur Zwangsvollstreckungsakte auf Grund des Urtheils, deren es hier eben nicht bedarf. Das Zeugniss des Gerichtsschreibers über die Rechtskraft des Urtheils (§ 646 C.-Pr.-O.) wird der Kläger zum Beweise brauchen; konstitutiv für die Fiction der Willenserklärung ist es selbstverständlich nicht.

Die Willenserklärung gilt also als abgegeben mit dem Augenblick, wo das Urtheil die Rechtskraft erlangt. Dies ist für die ganze Auffassung des Urtheils höchst bedeutsam. Denn wir haben es angesichts dieser Bestimmung mit einem Urtheil zu thun, welches die Befolgung des Gebotes, das es an den Beklagten richtet, nicht bloss nicht ernstlich fordert, sondern genau besehen geradezu unmöglich macht. Solange das Urtheil noch nicht rechtskräftig ist, besteht die Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung, die es auferlegt, als eine urtheilsmässige Verbindlichkeit zweifellos noch nicht. Sobald aber das Urtheil rechtskräftig ist, und nun bei Urtheilen andern Inhalts die urtheilsmässige Verbindlichkeit zur Erfüllung des Judikates gegeben wäre, spricht das Recht aus, dass es die Willenserklärung in Wahrheit nicht mehr begehrt, sondern ohne sie die sonst an sie gebundenen Folgen eintreten sollen. Daraus folgt, dass die im Urtheil gebotene Willens-

erklärung als eine rechtswirksame überhaupt nicht mehr abgegeben werden kann; denn die Wirkung, welche durch das Urtheil begründet ist, kann nicht noch einmal durch die Willenserklärung selbst begründet werden. Es ergiebt sich also als eine reine Formalität, dass das Urtheil dem Beklagten die Abgabe der Willenserklärung aufgiebt; es könnte ebenso gut aussprechen, dass die Erklärung mit der Rechtskraft des Urtheils als abgegeben gelten werde; denn es würde damit nur deutlicher bezeichnen, was nach Inhalt des Gesetzes auch das zur Abgabe der Willenserklärung verurtheilende Erkenntniss sagen würde, und es kann dem Richter unmöglich verboten sein, diese Verdeutlichung vorzunehmen, auch wenn er damit in der Form von dem Klagantrage abweicht. Er spricht damit dem Kläger nicht etwas zu, was dieser nicht beantragt hätte (§ 279 C.-Pr.-O.), sondern wendet nur das Gesetz auf den Klagantrag an. Er verletzt nicht das materielle Recht, auf welchem die Klage ruht, sondern verwirklicht nur das klägerische Recht auf die Willenserklärung des Beklagten in der einzigen Art, welche das Prozessrecht kennt. Umgekehrt, wenn das Gesetz vom 6. Februar 1875 § 32 sagt: „Im Falle der Versagung der Einwilligung zur Eheschliessung steht dem grossjährigen Kinde die Klage auf richterliche Ergänzung zu," so ist diese Bestimmung zwar durch die C.-Pr.-O. nicht geändert[1]; aber angesichts des § 779 C.-Pr.-O. ist es gleichgültige Formfrage geworden, ob jetzt das Urtheil ausspricht, dass es die Einwilligung ergänze, oder, dieselbe solle mit Rechtskraft des Urtheils als erklärt gelten, oder endlich, ob es den Beklagten zur Einwilligung verurtheilt.

Das Urtheil ist also nur scheinbar kondemnatorisch; in Wahrheit verlangt es von dem Beklagten nichts, sondern ordnet nur den Eintritt der Folgen an, welche die Erklärung haben würde, und es ist in gewissem Sinne ganz richtig, wenn Degenkolb[2]) sagt, die Bestimmung des § 779 C.-Pr.-O. trage in sich den Zerstörungskeim für die Verpflichtung zur Abgabe von Willenserklärungen; wiewohl nicht in dem Sinne, dass, wie Degenkolb behauptet, das Recht in gesetzgeberischer Folgerichtigkeit die Verpflichtung zur Abgabe von Willenserklärungen streichen müsste. Denn es ist für die materiell-

[1]) § 13. E.-G. zur C.-Pr.-O.

[2]) Archiv f. d. civ. Praxis B. 71 S. 75.

rechtliche Verpflichtung nicht wesentlich, dass es prozessuale Mittel giebt, ihre naturale Erfüllung zu erwirken.[1]) Sie kann materiellrechtlich bestehen bleiben, trotzdem das Prozessrecht nur die Erwirkung eines Surrogates für sie kennt. Das ist bei der Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung durch Herausgabe der Sache und bei der Verpflichtung zu einer s. g. vertretbaren Handlung nicht anders. Im ersten Falle kann der Kläger nicht die Traditionserklärung des Beklagten, sondern nur die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher (§ 769 C.-Pr.-O.), im zweiten Falle nur Geld, nämlich die Kosten der Handlung eines Dritten (§ 773 C.-Pr.-O.), oder in beiden Fällen Geld, nämlich das Interesse (§ 778 C.-Pr.-O.) erstreiten. Dennoch wird man nicht sagen wollen, dass dabei die Verpflichtung zur Tradition oder zur Handlung konsequenter Weise nicht bestehen könnte. Ebenso kann die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung materiellrechtlich bestehen, trotzdem der Prozess niemals zu ihrer Erwirkung, sondern nur zur Schöpfung ihrer Rechtsfolgen durch Richterspruch führt.

Das Urtheil ist aber auch kein Feststellungsurtheil. Denkt man es deklaratorisch, so wäre es allerdings, wie Degenkolb[2]) sagt, ein Widerspruch, durch dasselbe den Anspruch auf Erklärung umschlagen zu lassen in den durch jene Erklärung erst zu vermittelnden rechtlichen Erfolg. Das Urtheil kann nicht die Folgen der Erklärung als bestehende feststellen; denn sie sind nicht vorhanden. Sie sollten durch die Erklärung des Beklagten begründet werden und werden nun statt dessen durch das Urtheil begründet. Das Urtheil wirkt konstitutiv. Es gehört zu den Urtheilen, welche weder blosse Feststellung, noch Verurtheilung zu einer Leistung aussprechen, sondern — ohne zu verurtheilen — den Eintritt von Rechtswirkungen gebieten.

Der Kreis dieser Urtheile ist gross. Aus dem römischen Recht gehört hierher das Theilungsurteil in seiner adjudicatorischen Funktion, der Spruch der Centumvirn auf Vernichtung des Testaments bei der querela inofficiosi testamenti[3]) und die Wiedereinsetzung in den

[1]) Vgl. auch Degenkolb selbst a. a. O. S. 77, 8 S. 46 unt.

[2]) A. a. O. S. 75.

[3]) Dass auf die querela inofficiosi testamenti ein Ausspruch der Centumvirn erging, durch welchen das Testament vernichtet wurde, ist nach D. 5, 2, 17. 19 (Paul.) doch wohl zweifellos; vgl. bes. Bekker, Aktionen B. 1 S. 276 ff. Zweifelhaft kann nur sein, ob dieser Spruch Endurtheil sein konnte

vorigen Stand, bei welcher das prätorische Dekret nur diese Funktion hat, wenn es sich auf die Anordnung der rechtlichen Wiedereinsetzung beschränkt, und dieselbe Funktion auch hat, wenn es zugleich über die Realrestitution etwas befiehlt. Wach[1]) nennt als Beispiele von Urtheilen, in denen es sich lediglich „um Rechtsnormirung, nicht um Thatbestandsveränderung handelt,“ diejenigen, welche auf Supplirung eines Konsenses, Aufhebung eines Rechtsverhältnisses, Liberation, Aufhebung eines Schiedsspruchs (§§ 867. 870 C.-Pr.-O.), Ehescheidung, Auflösung einer Genossenschaft nach § 35 R.-Ges. v. 4. Juli 1868[2]), Entziehung eines Rechts, wie nach R.-Bankgesetz § 49. 50, gerichtet sind, und stellt ihnen auch das zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilende zur Seite. Was die Urtheile auf Aufhebung eines Rechtsverhältnisses angeht, so können als Beispiele sowohl die materiellrechtliche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dienen, wie das Urtheil auf Aufhebung eines Dienstverhältnisses nach Art. 62 ff. H.-G.-B., auf Auflösung einer Gesellschaft nach Art. 125. 170. 200 H.-G.-B., oder auf Ausschliessung eines Gesellschafters nach Art. 128. 170. 200 H.-G.-B. Im Entmündigungsverfahren gehört hierher das Urtheil, welches der Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluss statt giebt (§§ 605. 624 C.-Pr.-O.); denn die Entmündigung bestand (§ 603 Abs. 2. § 623 Abs. 2 C.-Pr.-O.) und soll durch das Urtheil beseitigt werden; desgleichen das Urtheil auf Wiederaufhebung der Entmündigung (§§ 620. 626 C.-Pr.-O.); im Aufgebotsverfahren das Ausschlussurtheil (§§ 829. 848 C.-Pr.-O.); denn es entzieht bestehende Rechte; das Urtheil, welches der Anfechtungsklage gegen das Ausschlussurtheil statt giebt (§§ 834. 848 Abs. 3 C.-Pr.-O.); denn es stellt den Rechtszustand vor dem Ausschlussurtheil wieder her; im schiedsgerichtlichen Verfahren nicht bloss das von Wach genannte Urtheil, welches den Schiedsspruch aufhebt, sondern auch dasjenige, welches einen Schiedsrichter ernennt (§ 855 Abs. 2. §§ 857. 871 Abs. 1 C.-Pr.-O.[3])

oder Interlocut in einem zugleich auf Herausgabe des Erbtheils gerichteten Verfahren sein musste. Vgl. zu dieser Streitfrage Windscheid, Pandekten B. 3 § 584 [13], Unzner, die querela inofficiosi S. 21 ff.

[1]) Handbuch B. 1 S. 12.

[2]) Ist jetzt nicht mehr Civilprozesssache (Ges. v. 1. Mai 1889 § 79.)

[3]) Die Anfechtungsklage gegen den Beschluss einer Generalversammlung

Das Gesagte wird genügen, um daran zu erinnern, dass die fragliche Art von Urtheilen als eine selbstständige, gleichberechtigte neben den kondemnatorischen und den Feststellungsurtheilen steht.

Man wird auch nicht der Auffassung von Fitting[1]) folgen können, welcher meint, dass die Klagen, bei denen es sich um die Schaffung neuer oder um die Aufhebung bestehender privatrechtlicher Verhältnisse handelt, das natürliche Gebiet des Civilprozesses überschreiten, auf der Grenze der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit liegen, zum Civilprozesse wesentlich nur gehören, weil sie diesem eben durch Unterwerfung unter seine Formen vom geltenden Rechte zugetheilt sind, weil der Fall wichtig genug erscheint, um die staatliche Mitwirkung den Gerichten zuzuweisen und an die schützenden Formen des Civilprozesses zu binden. Gewiss sind manche unter den aufgezählten Fällen, auf welche diese Bemerkungen passen, z. B. die genannten Entscheidungen im Entmündigungsverfahren[2]), die ehemalige Auflösung der Genossenschaft durch Richterspruch auf Betreiben der höheren Verwaltungsbehörde nach § 35 Genoss.-Ges. vom 4. VII. 1868, die Entziehung des Notenrechts auf Klage des Reichskanzlers oder der Regierung des Bundesstaats nach §§ 49. 50 des Bankgesetzes. Aber es finden sich doch auch eine ganze Reihe rein privatrechtlicher Ansprüche darunter, namentlich der auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, auf Aufhebung eines Dienstverhältnisses, einer Gesellschaft u. s. w., deren Verweisung in den Civilprozess um nichts weniger natürlich ist, als die eines beliebigen Leistungsanspruches aus privatrechtlichem Titel. Dass der Gegenstand dieser Ansprüche nicht thatsächliche Realisirung eines bestehenden, sondern Schöpfung oder Zerstörung eines Privatrechtsver-

---

wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages (Statuts) nach Art. 190 a. 222 H.-G.-B. (Ges. v. 18. VII. 1884) und § 49 Genossensch.-Ges. v. 1. V. 89, welche Seuffert, Grünhuts Zeitschr. B. 12 S. 629 hierherzustellen scheint, sind doch wohl Feststellungsklagen. Der Beschluss wird als ungiltig angefochten. Die Aktiennovelle hatte nicht die Absicht, mit diesem Anfechtungsrecht etwas Neues zu schaffen, sondern wollte nur das als bestehend vorausgesetzte Recht der Aktionäre, Beschlüsse der fraglichen Art „als einen sie verbindenden Willen der Gesellschaft nicht gelten zu lassen", reguliren. Motive (Busch's Archiv f. Handels- u. Wechselrecht B. 44) S. 236 f.

[1]) Der Reichscivilprozess § 1 S. 10.

[2]) Darüber vgl. auch Seuffert a. a. O.

hältnisses ist, ist nicht geeignet, ihre Legitimation zum Civilprozesswege in Zweifel zu stellen; man würde mit dem zu Beweisenden argumentiren, wenn man sagen wollte, dass eigentlich nur Feststellungen und Kondemnationen Sache des Civilprozesses seien.

Wenn aber auch das Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, zu diesem Kreise der rein „rechtsnormirenden" Urtheile gehört, so nimmt es doch in diesem Kreise eine merkwürdige Sonderstellung ein.

Bei manchen der oben genannten Klagen kann die Rechtsfolge, auf deren Begründung durch Richterspruch geklagt wird, durch Parteierklärung gar nicht geschaffen werden, z. B. bei der Ehescheidung, bei den genannten Klagen im Entmündigungsverfahren. Aber auch soweit dies möglich ist, geht doch die Klage grundsätzlich auf die Begründung der Rechtsfolge durch Richterspruch, und es heisst nicht sowohl den Klaganspruch erfüllen, als vielmehr auf indirektem Wege den Prozess gegenstandslos machen, wenn der Beklagte sich dazu versteht, die vom Kläger begehrte Rechtsfolge durch seine Willenserklärung zu begründen, z. B. wenn der Beklagte einwilligt, das Dienstverhältniss aufzuheben, auf dessen Aufhebung geklagt ist, oder aus der Gesellschaft auszuscheiden, aus der er ausgeschlossen werden sollte. Bei der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung dagegen richtet sich der Anspruch des Klägers von materiellen Rechtes wegen auf die Willenserklärung des Beklagten, und deren Abgabe ist Erfüllung des Klaganspruches; die richterliche Willenserklärung ist nur das prozessuale Surrogat für die Parteierklärung.

Dem entspricht vollkommen, dass die oben erwähnten Urtheile sämmtlich auf den Eintritt ganz bestimmter Rechtsfolgen gerichtet sind, welche aus dem Inhalt des Urtheils abgelesen werden können, wohingegen das Urtheil, welches den Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, nur blanketmässig den Eintritt der Folgen verordnet, welche die Abgabe der Willenserklärung durch den Beklagten herbeigeführt haben würde, ohne das geringste darüber zu entscheiden, welche Folgen dies sind, und ohne um Haaresbreite über die Wirkungen hinauszugehen, welche die Willenserklärung des Beklagten selbst hervorgerufen haben würde. Die Willenserklärung des Beklagten gilt als

abgegeben, nichts mehr und nichts weniger ist Sinn und Kraft des Urtheils.

Das Urtheil wirkt zuvörderst nicht mehr als die Willenserklärung des Beklagten. Es kann daher namentlich nicht zugegeben werden, dass das Urtheil die zur Wirksamkeit der Willenserklärung erforderliche Genehmigung einer Aufsichtsbehörde, insbesondere des Vormundschaftsgerichts ersetzte, wie das von Falkmann[1]) unter Berufung auf Förster-Eccius[2]) behauptet wird. Wie käme das Prozessgericht dazu, hier dem Vormundschaftsrichter sein Amt aus der Hand zu winden? Die Sachlage ist vielmehr die, dass in Fällen dieser Art das Recht eine Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung gar nicht anerkennen kann, wenn nicht schon die Uebernahme dieser Verpflichtung von dem Vormundschaftsgerichte genehmigt ist. Denn sonst wäre die Bestimmung, dass das Rechtsgeschäft der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts untersteht, illusorisch. Der Vormund brauchte nur sich im Namen des Mündels zur Abgabe der Willenserklärung zu verpflichten und ein dem entsprechendes Versäumnissurtheil ergehen zu lassen, um der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes auszuweichen. Eine Klage z. B. auf Auflassung oder Bewilligung einer Hypothek ist daher abzuweisen, wenn nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu dem Vertrage beigebracht ist, auf welchen sie sich stützt.[3])

Sodann: das Urtheil entscheidet nicht, welches die Folgen der Willenserklärung sind; es beschränkt sich auf die Anordnung, dass sie eintreten sollen, welche immer es sein mögen. Geht der Klagantrag auf Herstellung bestimmter Rechtsfolgen oder zugleich auf Erfüllung der durch die Willenserklärung zu übernehmenden Verpflichtung, so liegt etwas anderes oder mehr vor als Klage auf

[1]) Zwangsvollstreckung S. 313.

[2]) Preussisches Privatrecht Band 1 § 56 S. 292[5]. Das dort Gesagte scheint mir nicht recht verständlich und vielleicht ein Versehen enthaltend: „Das Urtheil wirkt selbst dann, . . : wenn die Abgabe der Erklärung noch nicht verpflichten würde, falls nicht dem Willen des Erklärenden eine genehmigende Erklärung einer Aufsichtsbehörde, insbesondere des Vormundschaftsgerichts, hinzutreten muss. Vgl. Vorm.-O. § 42 Ziffer 4. 5. Die Verurtheilung geht auf eine verbindliche Erklärung.“ Soll es heissen: „hinzuträte“? Nur dann hätte Falkmann mit Recht sich auf diese Autorität berufen.

[3]) Vorm.-O. § 42 No. 5.

Abgabe der Willenserklärung, und zwar im ersten Falle Klage auf Rechtsverschaffung, welche, wovon noch später Gebrauch zu machen sein wird, von der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung wesentlich verschieden ist. Im zweiten Falle ist mit der Klage auf Willenserklärung eine Leistungsklage verbunden. Vielfach wird die Klage auf die Leistung schon aus demselben Grunde erhoben werden können, aus welchem auf die Willenserklärung geklagt wird, so dass diese oder ihre Fiction zur Begründung der Leistungsklage gar nicht nothwendig ist. In diesem Falle ist selbstverständlich die Verbindung der Leistungsklage mit der Klage auf Willenserklärung völlig unbedenklich. So z. B. wenn aus Kauf Auflassung und zugleich Uebergabe des Grundstücks verlangt wird. Wenn bei einem fest geschlossenen mündlichen Vertrage schriftliche „Reproduktion" vereinbart ist, so kann aus dem mündlichen Vertrage ebensowohl direkt auf Erfüllung, wie auf Errichtung des schriftlichen Vertrages geklagt werden.[1]) Vielfach gehört aber die Willenserklärung auch wirklich zur Begründung des Anspruches auf die Leistung, und wo dies der Fall ist, wird, wenn die Leistungsklage zugleich mit der Klage auf die Willenserklärung erhoben wird, in Gestalt der ersteren eine zur Zeit der Klageerhebung noch nicht begründete, sondern erst demnächst zu begründende Klage erhoben. Z. B. hat der Universalfideikommissar den Anspruch auf die Restitutionserklärung und die Herausgabe dessen, was der eingesetzte Erbe von der Erbschaft in Händen hat, nicht unvermittelt, sondern erst auf Grund der Antretung des Erben. Würde er vor Antretung der Erbschaft lediglich auf die Restitutionserklärung (und die Herausgabe) klagen, ohne zugleich die Verurtheilung zur Antretung zu begehren, so würde sich seine Klage als zur Zeit unbegründet herausstellen. Denn gerade von der Vorstellung aus, dass das Vermächtniss nicht ohne den Antritt der Erbschaft wirksam sein kann, kam das römische Recht dazu, dem Universalvermächtnissnehmer ein Recht auf den Antritt des Fiduciarerben zu verleihen.[2])

---

[1]) Vgl. Degenkolb, Archiv für d. civil. Praxis, Band 71 S. 90 ff., 159 ff.; Dernburg, Pandekten Band 2 § 10 S. 26; Windscheid, Pandekten Band 2 § 310[8]. Zu näherer Ausführung ist hier nicht der Ort.

[2]) Vgl. D. 29, 4, 17 (Gai.), Gai. II, 258 (S.-C. Pegas.), D. 36, 2, 7 pr. (Ulp.): *Heredis aditio moram legati . . . petitioni facit.*

Aber der Universalvermächtnissnehmer steht wegen dieses Rechtes auf den Antritt, wegen seines Rechtsanspruches auf Begründung des Fideikommissanspruches selbst, ganz anders da, als jemand, der zur Zeit ohne jeden Rechtsgrund einen Anspruch erhebt. Darum behandelt das römische Recht den Anspruch auf Antritt und denjenigen auf Restitution in so ständiger enger Zusammenstellung, dass an der Zulässigkeit ihrer Verbindung in einem und demselben Prozess nicht gezweifelt werden kann. [1]) Auch sonst hat das römische Recht nichts dagegen einzuwenden, dass, wenn ein Rechtsanspruch zur Zeit als solcher nicht besteht, der Kläger aber ein Recht auf seine Begründung hat, die Klage auf Begründung des Anspruches und diejenige auf dessen Erfüllung zu einem Verfahren verbunden werden. Man braucht hierfür nur auf das Wiedereinsetzungsverfahren zu verweisen, in welchem die Klage auf Erfüllung des durch die Wiedereinsetzung erst zu schaffenden Anspruchs zwar zu besonderem iudicium rescissorium verwiesen werden, aber auch in einem Verfahren mit der Wiedereinsetzung selbst vom Prätor erledigt werden kann, [2]) oder auf die querela inofficiosi testamenti, mit welcher die hereditatis petitio nicht blos verbunden werden kann, sondern nach manchen sogar verbunden werden muss. [3]) Danach kann es nach gemeinem Rechte keinen Zweifel leiden, dass auch mit jeder Klage auf eine Willenserklärung die Klage auf Realisirung ihrer Folgen verbunden werden kann. Ist auch der Grund dieser Klage, die Willenserklärung, noch nicht da, so muss es doch genügen, dass der Grund des Grundes, der Anspruch auf die Willenserklärung, vorhanden ist.

Wo aber ausschliesslich auf Abgabe der Willenserklärung geklagt ist, da gewährt das Urtheil nur die Fiction der Willenserklärung. Welches ihre Wirkungen sind, unterliegt künftigem Prozess, in welchem nur das erstrittene Urtheil gleich der realen Erklärung des Beklagten Verwerthung findet.

Dem entsprechend beantwortet sich insbesondere auch die Frage, inwiefern der Beklagte haftet, wenn die Willenserklärung, zu der er verurtheilt ist, und die nunmehr als abgegeben gilt, nicht die

---

[1]) Gai II, 258, D. 39, 2, 17 (Ulp.), D. 36, 1, 2 (Cels.). fr. 4. fr. 6 pr. §§ 4. 5. fr. 9 pr. fr. 11 § 1 (Ulp.).

[2]) Z. B. D. 4, 4, 13 § 1 (Ulp.).

[3]) Vgl. oben S. 56[3].

normalen Rechtsfolgen hervorbringen kann, oder wenn das Objekt der Willenserklärung an thatsächlichen Mängeln leidet. Grundsatz muss hier sein, dass der Beklagte gerade so haftet, wie wenn er die Erklärung wirklich abgegeben hätte. Ob und wie weit er danach haftet, darüber ist mit dem Urtheil nichts entschieden. Ist er z. B. verurtheilt, dem Kläger ein Grundstück aufzulassen, oder ihm eine Servitut an demselben zu bestellen, und ist er nicht Eigenthümer, so beurtheilt sich die Frage, ob und inwieweit er Schadensersatz zu leisten hat, nach dem Rechtsverhältniss, auf welchem die Verurtheilung ruht, insbesondere anders, wenn die Verurtheilung auf Grund Kaufes, anders, wenn dieselbe auf Grund einer Schenkung erging. Keineswegs kann man sagen, dass mit der rechtskräftigen Verurtheilung zur Auflassung oder zur Bestellung der Servitut die Interesseklage von selbst gegeben sei für den Fall, dass dem Kläger das Eigenthum oder die Servitut nicht verschafft worden ist. Wenn § 778 C.-Pr.-O. sagt, dass durch die Bestimmungen des dritten Abschnittes im achten Buch, zu welchem § 779 C.-Pr.-O. gehört, das Recht des Gläubigers nicht berührt wird, die Leistung des Interesses zu verlangen, so ist damit nur gesagt, dass sie es nicht nehmen, wo es nach bürgerlichem Rechte besteht, nicht aber, dass sie es geben, wo es danach fehlt. Es ist auch beachtenswerth, dass die erwähnte Bestimmung derjenigen des § 779 vorangeht, ein Zeichen, dass man der Ansicht war, wo auf Willenserklärung geurtheilt sei, könne die Interesseklage überhaupt nicht die Rolle spielen, wie bei der Vollstreckung eines Urtheils, das auf Herausgabe oder Leistung von Sachen, auf Handlung, Duldung oder Unterlassung gerichtet sei. Und ganz mit Recht; denn in jenen Fällen ist es möglich, dass die zwangsweise Verwirklichung des Urtheilsinhaltes versagt oder als zu weitläufig, aussichtslos, vom Gläubiger nicht gewünscht und der sonstigen Zwangsvollstreckung die Interesseklage vorgezogen wird. Nur von dieser Interesseklage spricht § 778 C.-Pr.-O. Ist dagegen der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 779 verurtheilt, so ist der Gegenstand der Verurtheilung stets und unmittelbar durch das Urtheil verwirklicht, oder vielmehr ersetzt; es kann also nie davon die Rede sein, dass der Kläger statt auf die Willenserklärung zu dringen, das Interesse wählen könnte.

Die Interesseklage, welche sich an das Urtheil auf Willenserklärung anschliessen kann, steht auf einer ganz anderen Stufe. Sie will nicht Ersatz für die fehlende Willenserklärung, sondern sie stellt sich auf den Boden, dass die Willenserklärung da ist, aber dem Rechte des Klägers nicht genügt. Sie ist dieselbe, welche sich auch in anderen Fällen nach Befolgung des Judikats oder vollkommener Durchführung der Zwangsvollstreckung ergeben kann, z. B. wenn der Verkäufer verurtheilt ist, zu liefern, und das Kaufobjekt geliefert hat, oder ihm dasselbe weggenommen und dem Käufer übergeben ist, und wenn nun das Objekt evincirt wird oder sich als mangelhaft herausstellt. Ob und inwieweit der Beklagte hierfür haftet, ist in dem ersten Urtheile nicht entschieden, sondern lediglich Sache des zweiten Prozesses.[1]) Ebenso steht durch das Urtheil, welches den Verkäufer oder aus sonst einem Grunde Verpflichteten zur Auflassung oder Servitutbestellung verurtheilt, rechtskräftig nur diese Verpflichtung fest, deren Erfüllung, die Auflassung oder Servitutbestellung, mit dem Urtheil von selbst gegeben ist. Ueber die Haftung für rechtliche und thatsächliche Mängel ist weder verhandelt noch entschieden; dies ist Sache einer völlig selbstständigen zweiten Klage. Ist jemand rechtskräftig verurtheilt, mir eine Forderung zu cediren, so gilt die Cession als erfolgt; damit ist das Judikat erfüllt; ob und wieweit er mir aber haftet, wenn sich die cedirte Forderung als nicht bestehend oder als uneinbringlich herausstellt, richtet sich lediglich nach dem unterliegenden Rechtsverhältniss, ohne dass die Rechtskraft des ergangenen Urtheils darauf Einfluss hätte.

Wenn der I. Senat des Reichsgerichtes[2]) sagt, es sei im gemeinen Recht von jeher als ganz selbstverständlich angesehen, dass, wenn die zur Erzwingung einer Handlung des Schuldners zulässigen, indirekten Zwangsmassregeln ohne Erfolg erschöpft waren, oder wenn die Anwendung von Zwangsmitteln überhaupt für unzulässig erachtet wurde, der Gläubiger das Interesse statt der Erfüllung fordern dürfe, so ist eben wohl zu beachten, dass hier von Interesseklage wegen Nichterfüllung des Urtheils die Rede ist, nicht von der Interesse-

[1]) Für welchen der ausschliessliche Gerichtsstand des § 778 C.-Pr.-O. (vgl. § 707 C.-Pr.-O.) nicht gilt.

[2]) Urth. v. 3. X. 83, Entsch. Bd. 10 S. 178.

klage trotz der Erfüllung des Urtheils auf den Grund, dass dem Kläger noch Ansprüche verblieben sind. Die Entscheidung steht also mit der hier vertretenen Ansicht nicht im Widerspruch.

Wohl dagegen hat der V. Senat des Reichsgerichtes,[1]) allerdings in einer landrechtlichen Sache, aber mit einer von den Bestimmungen dieses Partikularrechts unabhängigen Begründung, eine Entscheidung gefällt, welche der Interesseklage eine viel weitere Anwendung zuspricht. Es wurde geklagt auf das Interesse wegen Nichterfüllung der dem Beklagten vertrags- und judikatmässig obliegenden Verpflichtung, ein dem Kläger vertauschtes und in Erfüllung des Tauschvertrages übergebenes Grundstück dem Kläger aufzulassen. Die Beklagten waren nämlich im Grundbuche nicht als Eigenthümer des Tauschobjektes eingetragen und konnten ihre Legitimation als Rechtsnachfolger der als Eigenthümer eingetragenen Personen nicht führen. Das Reichsgericht hat diese Klage für begründet angesehen. Aus den Entscheidungsgründen interessiren hier folgende Sätze: Die Interesseklage könne dem Gläubiger jedenfalls dann nicht versagt werden, wenn die zunächst gegen den zu einer Handlung Verurtheilten angewendeten Vollstreckungsmittel (§ 774 C.-Pr.-O.) nicht zur Befriedigung des Gläubigers geführt haben. In diesem Falle bilde die Interesseklage das nothwendige, weil allein mögliche, Surrogat für die Vollstreckung des Urtheils, welches sich als unausführbar erwiesen habe. Ein Gleiches müsse aber aus dem gleichen Grunde gelten, wenn die Handlung, zu deren Leistung der Beklagte verurtheilt ist, überhaupt nicht erzwingbar ist, weil dieselbe weder von einem Dritten vorgenommen werden kann (§ 773 C.-Pr.-O.), noch ausschliesslich von dem Willen des Verpflichteten abhängig ist. Hierfür wird auf die obige Entscheidung des I. Senates Bezug genommen, und sodann nach einer Reihe partikularrechtlicher Erwägungen darauf hingewiesen: „dass auch die Judikatsklage nur ein Mittel ist, das den Gegenstand der Verurtheilung bildende Recht zu verwirklichen. und zwar das einzige Mittel, wo die Naturalleistung selbst nicht erzwingbar ist. Erleidet auch die ursprüngliche Obligation durch das verurtheilende Judikat keine Veränderung dem Grunde nach, so gewinnt sie doch

[1]) Urth. v. 3. X. 88, Entsch. Bd. 22 S. 255 ff.

dadurch Eigenschaften, die ihr bis dahin fehlten, vor allem die Vollstreckbarkeit, und ein Ausfluss dieser Eigenschaft ist es, dass, wenn die durch das Gesetz gegebenen Zwangsmittel versagen, die Interesseforderung eintritt. Die Besonderheit der Judikatsobligation gestattet nicht, die Zulässigkeit der Interesseforderung lediglich von dem Standpunkt der ursprünglichen Obligation zu beurtheilen."

Im Ergebniss wird man gegen die Entscheidung, dass die Beklagten auf Grund Tauschvertrages das Interesse wegen mangelnder Erfüllung zu leisten hatten, nichts einzuwenden haben; aber die Begründung giebt doch zu Bedenken Anlass. Denn dieselbe lässt sich kaum anders als dahin verstehen, dass überall, wo der Beklagte zur Auflassung verurtheilt ist, aber sich nicht als Eigenthümer legitimiren kann, die Interesseklage eintrete ohne Rücksicht auf den ursprünglichen Schuldgrund, vielmehr als Ausfluss der durch das Urtheil geschaffenen Vollstreckbarkeit der Forderung. Dies kann nicht zugegeben werden. Es beruht auf der Annahme, dass der zur Auflassung Verurtheilte nicht bloss zur Abgabe der Auflassungserklärung, sondern auch schlechtweg zur Herstellung der Voraussetzungen verurtheilt ist, von deren Vorhandensein eine wirksame Auflassung abhängt, mag er sie herstellen können oder nicht. Ausdrücklich hat das Kammergericht [1]) ausgesprochen, dass durch die Verurtheilung „aufzulassen" die Beklagten verurtheilt seien, „nicht bloss die formelle Erklärung des Auflassungswillens abzugeben, sondern auch diejenigen Handlungen vorzunehmen, durch welche ihre Auflassungserklärung erst ermöglicht beziehentlich geeignet wird, die Eintragung des Klägers im Grundbuche herbeizuführen." Der Gerichtshof hat deshalb auf Grund eines solchen Urtheils Zwangsvollstreckung aus § 774 C.-Pr.-O. in der Richtung zugelassen, dass die Beklagten angehalten würden, dem Kläger eine Erbbescheinigung für sie als Erben der eingetragenen Eigenthümerin des Grundstückes zu beschaffen, eine Bescheinigung, deren Beschaffung im vorliegenden Falle als ausschliesslich von ihrem Willen abhängig angesehen wurde. Wenn diese Auffassung richtig ist, so muss sie aber auch zu der Konsequenz führen, dass der Be-

[1]) Beschl. vom 4. VII. 1889. Zeitschrift f. C.-Pr., Band 16 S. 161 ff. Vgl. ebenso für die Verurtheilung zur Abtretung einer Hypothek O.-L.-G. Jena 1. IX. 86, Thür. Blätter Band 34 S. 271.

klagte, welcher, zur Auflassung verurtheilt, die erforderlichen Legitimationen nicht beschaffen kann, unweigerlich zur Leistung des Interesses ohne jede Rücksicht auf den ursprünglichen Schuldgrund zu verurtheilen ist. Denn die Unmöglichkeit, dem Anspruche zu genügen, stellt einen Einwand gegen den Anspruch selbst dar, welcher gegenüber der Zwangsvollstreckung, soweit er überhaupt civilrechtlich befreiend wirkt, nur gehört wird, wenn er nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Urtheil entstanden ist (§ 686 C.-Pr.-O.). Diese Präklusion wirkt zu Gunsten der judikatmässigen Interesseklage so gut, wie zu Gunsten der Realexekution.

Nun denke man sich den Fall, dass jemand, der Erbe des eingetragenen Eigenthümers zu sein glaubt, ein Grundstück durch gültigen Schenkungsvertrag verschenkt und demnächst zur Auflassung verurtheilt wird, nachdem die Parteien lediglich über die Rechtsbeständigkeit des Schenkungsvertrages gestritten haben, und die Frage der Gewährleistung für den Fall, dass der Beklagte gar nicht Erbe sei, überhaupt nicht zur Sprache gebracht ist. Nach der Auffassung der genannten beiden hohen Gerichtshöfe kommt man dahin, den Schenker auf das volle Interesse haften zu lassen, wenn ihm die Erbeslegitimation misslingt, trotzdem dem Schenker als solchem diese Haftung nur unter besonderen Voraussetzungen obliegt [1]), und das Gericht in dem lediglich auf Auflassung lautenden Urtheile seine Ansicht über diesen Punkt, der im gemeinen Rechte streitig ist, nicht gesagt, auch gar nicht zu sagen Veranlassung und keine Gelegenheit hatte, das Vorliegen etwaiger die Eviktionshaftung begründender Umstände zu prüfen.

Eben wegen dieser unerträglichen Consequenz ist jene Auffassung, die auf den ersten Blick bestechend sein mag, unhaltbar, und zu sagen, dass, wer zur Auflassung verurtheilt wurde, eben nur zur Abgabe der Auflassungserklärung verurtheilt ist; nur hierauf ging der Klagantrag, nur hierüber ist verhandelt, nur dies kann der Anspruch sein, auf welchen sich nach § 293 C.-Pr.-O. die Rechtskraft beschränkt. [2]) Stellt sich heraus, dass die nunmehr als abgegeben geltende

---

[1]) Für das preussische Recht: A. L.-R. I, 11, 1083 ff.

[2]) Darum hat in dem Falle, welcher dem Kammergericht vorlag, das Landgericht ganz mit Recht gesagt, dass die Beklagten auf Grund des gegen

Auflassungserklärung unwirksam ist, weil es an ihren Voraussetzungen in der Person des Beklagten fehlt, so muss der Kläger auf Grund des ursprünglichen Verpflichtungsgrundes, der insoweit keine Verstärkung erfahren hat, auf die Herstellung der erforderlichen Voraussetzungen, eventuell auf das Interesse klagen, soweit eben der Verpflichtungsgrund diese Anträge rechtfertigt. Dass es für den Kläger unangenehm ist, dieses zweiten Prozesses zu benöthigen, ist unzweifelhaft, aber es ist seine eigene Schuld. Er hätte ja schon in dem ersten Prozesse die erforderlichen Anträge stellen können; denn er konnte sich durch Einsicht in das Grundbuch davon überzeugen, ob der Beklagte eingetragener Eigenthümer war oder nicht.[1]) Dann wäre diese Frage zur Verhandlung gekommen; der Kläger, welcher Auflassung verlangen kann, kann unzweifelhaft von dem Beklagten die vorbereitenden Schritte verlangen, welche die Auflassung wirksam machen; er kann dies Verlangen in den Klagantrag aufnehmen, und es ist dann, aber auch nur dann, Sache des Beklagten, als Einwand geltend zu machen, dass er jene Schritte nicht vornehmen könne, worauf zu entscheiden ist, ob ihn dies befreit. Was aber der Kläger nun und nimmermehr verlangen kann, ist, dass der Beklagte als zu diesen vorbereitenden Schritten verurtheilt angesehen werde, mit der Wirkung des Verlustes der Einrede der befreienden Unmöglichkeit, ohne dass über alles dieses verhandelt ist.

Allgemeiner gesprochen, ist zu unterscheiden zwischen Urtheilen, welche auf Rechtsverschaffung, und solchen, welche auf Willenserklärung gerichtet sind. Ist der Beklagte rechtskräftig verurtheilt, dem Kläger die Eintragung ins Grundbuch, eine Servitut, eine Forderung zu verschaffen, oder sonst eine Rechtsfolge herzustellen, und kann er dies nicht, so haftet er auf das Interesse, gleichviel, ob er mit Recht oder Unrecht verurtheilt ist; denn das Urtheil ist rechtskräftig, und der etwa nicht vorgebrachte Einwand der befreienden Unmöglichkeit versäumt. Ist er dagegen zu einer Willenserklärung verurtheilt, zur Auflassung, zur Cession einer Forderung, so ist die Willenserklärung da, von Unmöglichkeit der durch das

sie erlassenen Urtheils nicht verpflichtet seien, sich dem Grundbuchrichter als Erben zu legitimiren.

[1]) Grdb.-O. § 19.

Urtheil dem Beklagten auferlegten Leistung kann gar nicht die Rede sein; die Herstellung weiterer Voraussetzungen des klägerischen Rechtserwerbes aber ist gar nicht Gegenstand des Urtheils. Wäre es richtig, dass jedes Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, natürlich auch zur Herstellung der Voraussetzungen der Wirksamkeit der Erklärung verurtheilte, so gäbe es Urtheile auf Abgabe einer Willenserklärung überhaupt nicht, sondern nur solche auf Herstellung bestimmter Rechtsfolgen, und der ganze § 779 C.-Pr.-O. wäre ein Schlag ins Wasser. Gewiss ist es Auslegungsfrage, ob ein Urtheil auf Herstellung eines Rechtseffektes oder auf Abgabe einer Willenserklärung lautet, aber ebenso gewiss ist, dass im Zweifel das letztere als das Geringere angenommen werden muss.

Das Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, erschöpft sich also in der Fiction der Willenserklärung. Hat diese Fiction Wirkung gegenüber Dritten, oder wirkt das Urtheil ihnen gegenüber nur in den persönlichen Grenzen, welche der Rechtskraft des Urtheils im Allgemeinen gezogen sind? Die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegenüber andern Personen als dem Kläger fällt, wie später zu beweisen ist, überhaupt nicht unter die Vorschrift des § 779 C.-Pr.-O. Aber die dem Kläger gegenüber abzugebende oder die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung gilt im Verhältniss zu allen Dritten mit derselben Wirkung als abgegeben, welche ihnen gegenüber die real abgegebene Erklärung des Beklagten haben würde. Dies muss die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Denn er gedachte eine Vorschrift zu geben, welche dem Kläger in jeder Hinsicht die reale Willenserklärung des Beklagten ersetzt, und entzog deshalb dem Kläger jedes Mittel, die reale Abgabe der Erklärung zu erzwingen. Das gewollte Ergebniss wäre aber nur äusserst unvollkommen erreicht, wenn die Fiction der Willenserklärung nur zwischen den Parteien und in dem begrenzten Kreis dritter Personen wirkte, welchen gegenüber nach den allgemeinen Vorschriften die Rechtskraft des Urtheils wirkt. Wenn beispielsweise dem Eigenthümer eines Grundstücks gegenüber eine Servitut an dem Grundstück rechtskräftig festgestellt oder der Eigenthümer auf die actio confessoria verurtheilt ist, die Ausübung der Servitut zu dulden, so hat das einem Dritten gegenüber, der, ohne Rechtsnachfolger des Eigenthümers zu

sein, den Kläger in der Ausübung der Servitut stört, nicht die geringste Wirkung. Ist aber der Eigenthümer verurtheilt, dem Kläger eine Servitut an dem Grundstück zu bestellen, so muss die Servitut auch allen Dritten gegenüber als bestellt gelten, sonst verliert die Fiction der Bestellung für den Kläger den besten Theil ihres Werthes, und er hätte den Mangel der realen Erklärung, zu der er durch kein Zwangsmittel gelangen kann, aufs tiefste zu beklagen. Zwar steht durch das Urtheil die Existenz der Servitut Dritten gegenüber keineswegs rechtskräftig fest; aber der Kläger kann sich im Prozesse wider sie des Urtheils statt des Beweises des Bestellungsaktes bedienen, so dass ihm nur das Eigenthum seines Rechtsurhebers oder die Voraussetzungen des publicianischen Rechtserwerbes zu beweisen bleiben. Das Urtheil wirkt die Fiction der Bestellung der Servitut rechtskräftig gegen alle Dritte. Damit überschreitet es wesentlich die sonstigen Grenzen der Rechtskraft des Urtheils. Diese Erscheinung erklärt sich nur daraus, dass das Urtheil sich zugleich als ein Akt der Zwangsvollstreckung qualificirt. Denn betrachtet man sie im Zusammenhange ähnlicher Erscheinungen des Zwangsvollstreckungsrechtes, so verliert sie alles Auffallende. Auch die Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher nach §§ 716. 769. 770 C.-Pr.-O. ersetzt ja die Traditionserklärung des zur Eigenthumsübertragung Verurtheilten mit vollkommener Wirkung gegen Dritte, macht den Gläubiger zum Eigenthümer, wofern nur der Schuldner es war[1]. Das Urtheil gemäss § 779 C.-Pr.-O. übernimmt die Stelle des Gerichtsvollziehers selbst und legitimirt den Gläubiger gegen jeden Dritten so, wie ihn die Erklärung des Beklagten legitimiren würde. Wenn daher Fischer[2] sagt, § 779 C.-Pr.-O. sei keine Zwangsvollstreckungsvorschrift, sondern eine Bestimmung über die Wirkungen der Rechtskraft, so ist das zwar richtig, aber diese Vorschrift bestimmt die Wirkungen der Rechtskraft in durchaus eigenthümlicher Weise von

---

[1]) Die letztere Voraussetzung gilt nur, soweit der Eigenthumserwerb auch bei Tradition durch den Schuldner von dessen Eigenthum abhängen würde. Seuffert zu § 769 Anm. 2 gegen v. Schrutka-Rechtenstamm Zeitschr. f. C.-Pr. B. 11 S. 161 ff. Vgl. noch §§ 723. 724. 737 Abs. 1 C.-Pr.-O.

[2]) Bekker u. Fischer, Beiträge zur Erläuter. u. Beurteil. des Entw. e. deutsch. B. G.-B. H. 6 S. 17 [1].

dem Gedanken aus, dass die Zwangsvollstreckung hier in dem Urtheil enthalten ist.

Als Ergebniss des Bisherigen darf verzeichnet werden: Das Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, setzt mit Wirkung gegen den Beklagten und jeden Dritten die Rechtsfolgen, welche die Willenserklärung des Beklagten setzen würde; aber es sagt nichts darüber, welches diese Folgen sind, auch nichts darüber, ob und wie der Beklagte haftet, wenn die Willenserklärung nicht die normalen Folgen hat; sein einziger Inhalt ist der Befehl, dass alles so gehalten werden soll, wie wenn der Beklagte die Willenserklärung abgegeben hätte.

Jetzt kann der Beantwortung der Frage näher getreten werden, ob wirklich in dem § 779 C.-Pr.-O. eine Fiction vorliegt.

Das wird bejaht von Wach,[1]) verneint von Leonhard,[2]) der in der Vorschrift des § 779 nur eine gesetzliche Vergleichung der Wirkungen des Urtheils mit denen der Erklärung sieht, eine Vergleichung, welche nur ihrer Form nach Fiction zu sein scheine, keine echte Fiction sei, d. h. kein Befehl an den Richter, dass er sich einen unwahren Thatbestand wirklich vorstelle, um danach die Folgen zu berechnen, welche ein anderer Thatbestand haben soll. Diese Unterscheidung ist eine wohlberechtigte[3]), aber in Wahrheit doch nur eine quantitative, graduelle; sie läuft darauf hinaus, ob die Rechtsfolgen, welche die zu fingirende Thatsache hat, einfach zu bemessen sind, oder ob dazu ein complicirter Denkprozess gehört.

Liegt die Sache einfach, so wird der gewandte Richter die Fiction überspringen und der Gesetzgeber unter Vermeidung der Fictionsform direkt anordnen können, welche Rechtsfolgen der wahre Thatbestand haben soll. Sind dagegen die Folgen der zu fingirenden Thatsache complicirte und, je nachdem sie sich in diesen oder jenen

---

[1]) Handbuch I S. 303; ebenso Gaupp zu § 779 Anm. I, 2.

[2]) In wie weit giebt es nach der deutschen C.-Pr.-O. Fictionen (Berl. 1880) S. 22 [2], vgl. S. 10. 11. 18 u. sonst. Zustimmend Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 2 und wohl auch Seuffert zu § 779 Anm. 2.

[3]) Die Bemerkungen von Rothenberg, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 35 S. 759[6] gegen Leonhard beruhen auf mangelhaftem Verständniss dessen, was Leonhard mit dieser Unterscheidung meint.

konkreten Thatbestand eingliedert, verschiedene, so kann der Richter, wenn er an den wahren Thatbestand gleiche Folgen knüpfen soll, wie an die fingirte Thatsache, dies nicht ausführen, ohne dass er sich wirklich das Vorliegen jener unwahren Thatsache, ihr Eintreten in diesem Zeitpunkte und in diesen Kreis anderer Thatsachen vergegenwärtigt. Und eben aus demselben Grunde kann auch der Gesetzgeber sich in solchen Fällen gar nicht anders helfen, als durch die Fiction, weil es unausführbar ist, die Folgen des vorliegenden Thatbestandes ohne Verweisung auf die zu fingirende Thatsache direkt auszusprechen.

Leonhard bezeichnet z. B. die fictio legis Corneliae als eine wahre, da der Richter sich hier die falsche Thatsache, dass der Erblasser bei der Gefangennahme gestorben wäre, wirklich vorstellen musste, um bei der Verschiedenheit der Vermögensverhältnisse, die im Einzelfalle vorliegen können, die vom Gesetz beabsichtigte Regulirung der Erbfolge durch Rückziehung zu verwirklichen [1]. Ebenso beurtheilt Leonhard die Fiction, welche auf Grund nachträglicher Genehmigung zur Verwirklichung ihrer rückwirkenden Kraft vorzunehmen ist, die Vorstellung nämlich, dass das vom vollmachtlosen Geschäftsführer geschlossene Geschäft mit dem Willen des Vertretenen von Anfang an geschlossen worden wäre [2].

In der R.-C.-Pr.-O. findet Leonhard eine echte Fiction namentlich darin, dass der Richter zugestandene Thatsachen (und solche, die als zugestanden gelten) für wahr annehmen muss, auch wenn er sie für unwahr hält [3], während derselbe Schriftsteller die bekannten Bestimmungen, nach welchen nicht bestrittene Thatsachen als zugestanden anzusehen sind (§§ 129. 296 C.-Pr.-O.) als blosse Vergleichungen, Verweisungen auf die Vorschriften über zugestandene Thatsachen betrachtet [4]. Das letzte ist insofern gewiss berechtigt, als der Schluss von dem Satze, dass etwas als zugestanden gilt, auf den andern, dass es als wahr anzusehen ist, überaus einfach ist, und das Gesetz auch direkt hätte anordnen können, nicht bestrittene That-

---

[1]) A. a. O. S. 16.
[2]) A. a. O. S. 17.
[3]) A. a. O. S. 41 ff.
[4]) A. a. O. S. 22 [2]. 29. 43.

sachen seien als wahr anzusehen. Dahingegen die Antwort darauf, welches die Folgen der als wahr angenommenen Thatsachen sind, setzt eine mehr oder weniger complicirte Gedankenoperation voraus, und weder der Richter kann hier vorwärts kommen, ohne sich jene Thatsachen als wahre wirklich vorzustellen, noch hätte das Gesetz bei seiner Anordnung füglich einen andern Weg als denjenigen der Fiction beschreiten können.

Wird aber nicht auch der Richter, der in einem späteren Prozesse die Bedeutung des zu einer Willenserklärung verurtheilenden Urtheils zu würdigen hat, in der Lage sein, sich die Willenserklärung als abgegeben vorstellen zu müssen, um die von Fall zu Fall verschiedenen und oft recht complicirten Folgen abzumessen, welche gerade diese Erklärung unter diesen sonstigen Verhältnissen haben würde? Wir glauben, gewiss. Und ebenso hätte der Gesetzgeber seinen Willen schwerlich auf irgend einem andern Wege als durch die Anordnung der Fiction zum Ausdruck bringen können. Wäre gesagt worden, das Urtheil hat die Wirkungen der Willenserklärung, so wäre die Fiction nur der Form nach vermieden, der Sache nach geblieben, denn auch so hätte der Richter nicht anders, als indem er sich vorstellte, die Willenserklärung sei abgegeben, die eingetretenen Rechtswirkungen ermessen können. Hätte gesagt werden sollen, welche Rechtsfolgen im einzelnen das Urtheil statt der Willenserklärung begründe, so hätte der Gesetzgeber das ganze Privatrecht, so weit es mit Wirkungen von Willenserklärungen zu thun hat, repetiren müssen, und er hätte, abgesehen von dieser formalen Ungeheuerlichkeit, etwas gesagt, was er nicht sagen wollte; denn wie gezeigt, soll das Urtheil darüber, welche Folgen die Willenserklärung hätte, gar keine Rechtskraft schaffen. Wenn es eine echte Fiction ist, wie Leonhard zugiebt, dass der Richter sich eine zugestandene klagbegründende Willenserklärung, etwa ein Versprechen bestimmten Inhalts, als geschehen vorstellt, trotzdem er sie für nicht geschehen hält, warum sollte es dann keine Fiction sein, wenn er auf Grund eines früheren rechtskräftigen Urtheils dieses Versprechen, welches nicht gegeben ist, als gegeben ansieht? Wenn es eine echte Fiction ist, dass der Richter sich bei erfolgter nachträglicher Genehmigung vorstellen muss, das Rechtsgeschäft sei an dem und dem Tage mit

bereits vorliegender Ermächtigung des Geschäftsherrn geschlossen, so muss es auch eine echte Fiction sein, wenn jemand zur Ertheilung einer bestimmten Vollmacht rechtskräftig verurtheilt ist, und der Richter das auf Grund eines solchen Urtheils errichtete Rechtsgeschäft, wie das Gesetz befiehlt, so beurtheilt, wie wenn die Vollmacht wirklich ertheilt wäre. Wenn die fictio legis Corneliae eine echte ist, weil der Richter nicht, ohne sie wirklich vorzunehmen, die Erbfolge in der vom Gesetz gebotenen Weise reguliren kann, so wird auch dann eine Fiction vorliegen, wenn der Richter die Erbfolge von der Vorstellung aus regulirt, dass der Fiduciar im Moment der Rechtskraft des Urtheils die Erbschaft angetreten und dem Fideikommissar restituirt habe, nachdem er zu beidem rechtskräftig verurtheilt ist.

II.

Was ist eine Willenserklärung im Sinne des § 779 C.-Pr.-O.?

Die im vorigen Abschnitt geschilderten Wirkungen sind diejenigen der rechtskräftigen Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung. Es fragt sich, was im Sinne des § 779 C.-Pr.-O. eine Willenserklärung ist. Der Paragraph nimmt nur eine Willenserklärung, die Eingehung einer Ehe, von seinen Vorschriften aus. Er kann aber im übrigen nur reine Willenserklärungen im Auge haben, weil nur diese durch das richterliche Gebot surrogirt werden können, nicht Handlungen, welche die Willenserklärung nur als Element enthalten; denn hier reicht die Rechtsfiction nicht aus, um die reale Vornahme der Handlung zu ersetzen. Es ist auch nicht daran zu denken, dass bei Verurtheilung zu solchen Handlungen das Element der Willenserklärung gemäss § 779 fingirt und nur das Thatsächliche auf anderem Wege beschafft werde, sondern die C.-Pr.-O. hat für Urtheile dieser Art selbstständige, von § 779 völlig unabhängige, je nach der Art der Handlung verschiedene Wege der Vollstreckung.

Nicht anwendbar ist daher § 779 C.-Pr.-O. auf die Verurtheilung zur Herausgabe oder Leistung von Sachen im weitesten Sinne, ob-

wohl darin immer die Verurtheilung zu einem rechtserheblichen Willensakt steckt. Denn nicht bloss ist dies der Fall, wenn durch die Herausgabe für den Kläger ein neues Rechtsverhältniss geschaffen, insbesondere, wenn er zum Eigenthümer der Sache gemacht werden soll, sondern auch dann, wenn der Beklagte zur Übertragung der blossen Detention der Sache an den Kläger auf Grund eines ihm bereits zustehenden Rechtes verurtheilt ist. Nur die Verurtheilung zur Duldung der Wegnahme, wie etwa auf das interdictum de glande legenda, gehört nicht hierher und ist vielmehr nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Duldungen und Unterlassungen zu beurtheilen.

Aber zwischen dem Falle, wo die Verurtheilung lediglich auf Herausgabe der Sache zum Zwecke der Herstellung des einem bestehenden Rechte entsprechenden Zustandes gerichtet ist, und demjenigen, in welchem durch die Herausgabe ein Rechtsverhältniss erst begründet werden soll, waltet doch ein wesentlicher Unterschied ob. Befolgt im ersteren Falle der Beklagte das Urtheil nicht, so wird jener thatsächliche Zustand, statt durch seinen Willensakt, durch Gewalt herbeigeführt, ohne dass die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher der Herausgabe durch den Beklagten juristisch gleich gesetzt werden müsste; sie steht ihr thatsächlich gleich, weil sie dasselbe thatsächliche Ergebniss herbeiführt. Ist dagegen der Beklagte zur Herausgabe zwecks Begründung eines Rechtes, insbesondere des Eigenthums verurtheilt, und kommt dem nicht nach, so handelt es sich darum, im Wege der Zwangsvollstreckung ein Surrogat für seinen Eigenthumsübertragungswillen zu schaffen. Und hier ist es wichtig, festzuhalten, dass nicht etwa der Ersatz für diesen Eigenthumsübertragungswillen durch das Urtheil gemäss § 779, und durch den Gerichtsvollzieher nur die thatsächliche Besitzübertragung herbeigeführt wird, sondern vielmehr die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher es ist, welche auch den Eigenthumsübertragungswillen surrogirt.

Ist bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, die ja auch Sachforderungen sind, nur Sachforderungen sehr besonderer Art, dem Schuldner Geld weggenommen, so gilt die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von seiten des Schuldners (§ 716

Abs. 2 C.-Pr.-O.). Die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher ersetzt also die Traditionserklärung sowohl nach Seite des Eigenthumsüberganges wie nach Seite der Befreiungswirkung. Sind andere Objekte gepfändet, so gilt die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung (§ 720 C.-Pr.-O.); doch wird hier durch den Gerichtsvollzieherakt, da die Eigenthumsübertragung durch den Käufer erfolgt, die Zahlung des Schuldners nur nach der liberatorischen Seite hin ersetzt.

Die Zwangsvollstreckung zur Herausgabe von Sachen ausser Geld erfolgt gemäss §§ 769 ff. C.-Pr.-O. mittels Wegnahme der Sachen durch den Gerichtsvollzieher und Übergabe derselben an den Gläubiger (§ 769), bei Grundstücken mutatis mutandis auf entsprechendem Wege (§ 771). Dieser Weg der Zwangsvollstreckung ist anwendbar, wenn der Schuldner eine bestimmte bewegliche Sache oder eine Quantität solcher aus einer individuell bezeichneten Menge herauszugeben hat (§ 769), und ferner, wenn er eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zu leisten hat ohne Rücksicht auf eine individuell bestimmte Menge, der sie zu entnehmen wären (§ 770), so dass nur dann, wenn der Schuldner zur Leistung einer Quantität von generisch bestimmten Sachen verpflichtet ist, die weder vertretbar noch Werthpapiere sind, der Gläubiger ausschliesslich auf die Interesseklage (§ 778) angewiesen ist. Dass das Wegnahmeverfahren auch bei Herausgabe zum Zwecke der Eigenthums- und sonstigen Rechtsübertragung anwendbar ist, ist unstreitig und wird durch seine Anwendbarkeit auf die Leistung einer Quantität von vertretbaren Sachen, wo nöthig, zur Evidenz gebracht. Der Übergang des Eigenthums und ebenso der Eintritt der sonstigen Rechtsfolgen, welche die Uebergabe von seiten des Schuldners haben sollte, knüpft sich an die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher; der Uebergabe an den Gläubiger wird es dazu nach Analogie dessen, was die C.-Pr.-O. für die Wegnahme von Geld verfügt, nicht erst bedürfen [1]). Die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher ist also der juristische Ersatz für die entsprechende Willenserklärung des Schuldners.

[1]) Die Frage ist nicht unstreitig. Die Wegnahme allein halten für ausreichend: Gaupp zu § 769 Anm. II; Wilmowski-Levy zu § 769 Anm. 2; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 295; Foerster-Eccius,

Dies wird nicht immer festgehalten. Windscheid[1]) stellt unter die Rubrik des Eigenthumsüberganges durch Richterspruch den „Fall, wo der Richter die Eigenthumsübertragungserklärung des zur Abgabe derselben Verpflichteten durch sein Urtheil ersetzt", mit dem Hinzufügen: „durch die Vollstreckung dieses Urtheils erwirbt der Kläger das Eigenthum." Allegirt sind dazu § 779 und § 769 C.-Pr.-O.[2]). Das Verhältniss ist also so gedacht, dass das Urtheil die Willenserklärung ersetzt, da diese allein aber Eigenthum nicht überträgt, vielmehr ihr Vollzug durch Besitzübertragung erforderlich ist, die Erwirkung der Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung hinzukommen müsse. Auch Dernburg[3]) lehrt, dass das Urtheil den

preussisches Privatrecht B. 3 § 157[44]. Wegnahme und Übergabe verlangen: Seuffert zu § 769 Anm. 2; Kahn, Archiv für die civil. Praxis B. 70 S. 436; Voss, daselbst B. 71 S. 241; v. Schrutka-Rechtenstamm, ZS. f. C.-Pr. B. 11 S. 163 ff.; Dernburg, preussisches Privatrecht B. 1 § 238, 4, S. 604; Pandekten B. 1 § 212[5] wird danach ebenso zu verstehen sein (: das Gesetz ermächtigt den Gerichtsvollzieher zur Tradition an Stelle des Schuldners). U. E. ist die Analogie der Wegnahme des Geldes entscheidend. V. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 164[7] lehnt diese Analogie ab; allein es ist nicht abzusehen, warum die C.-Pr.-O. in dem hier fraglichen Punkte die Zwangsvollstreckung zur Leistung von Geld anders behandelt haben sollte, als diejenige zur Leistung anderer Sachen. Ihre Ausdrucksweise, nämlich die Vorschrift, dass die Sachen von dem Gerichtsvollzieher dem Schuldner wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben sind (§ 769), steht nicht im Wege. Das letzte gehört selbstverständlich zur vollen Erledigung der Zwangsvollstreckung, auch wenn schon mit der Wegnahme der Sache deren Eigenthum auf den Gläubiger übergeht. Auch im § 716 wird ausdrücklich vorgeschrieben, dass gepfändetes Geld dem Gläubiger abzuliefern ist, und doch gilt schon die Wegnahme als Zahlung von Seiten des Schuldners. Eine solche Bestimmung über die Wirkung der Wegnahme fehlt zwar in § 769, aber es steht nichts im Wege und ist sachlich geboten, sie nach der Analogie der §§ 716. 720 zu ergänzen. Keinesfalls kann, wie Struckmann und Koch zu § 769 Anm. 1 wollen, die Liberation schon mit der Wegnahme, der Eigenthumsübergang erst mit der Übergabe eintreten; zu dieser Zerreissung fehlt aller Anlass.

[1]) Pandekten B. 1 § 173[5]. Man beachte die Änderungen, welche Windscheid in der 6. und 7. gegenüber der 5. Auflage für nothwendig gehalten hat, in welcher die Sache noch vom Standpunkte des Rechtes vor der C.-Pr.-O. dargestellt und daneben ausschliesslich auf § 779 C.-Pr.-O. verwiesen ist.

[2]) Auch § 757. Missverständlich; denn den Landesgesetzen ist nur überlassen die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen wegen Geldforderungen.

[3]) Preussisches Privatrecht B. 1 § 238, 4.

Übereignungswillen des Schuldners ersetzt. Allein der § 779 C.-Pr.-O. will in seinem Gebiete, demjenigen der reinen Willenserklärung, und hier ausschliesslich herrschen, nicht aber die für andere Zwecke in der C.-Pr.-O. gebahnten Vollstreckungswege durchkreuzen. Die C.-Pr.-O. betrachtet die Zwangsvollstreckung wegen Herausgabe von Sachen als durch die §§ 769 bis 772 erschöpfend geregelt[1]), und nichts lässt schliessen, dass diese Bestimmungen in der hier fraglichen Beziehung, welche doch eine sehr wesentliche wäre, nicht auf eigenen Füssen stehen könnten, sondern der Ergänzung durch § 779 bedürften. Die Frage ist praktisch nichts weniger als gleichgültig. Denn würde das Surrogat für den Eigenthumsübertragungswillen gemäss diesem Paragraphen durch das Urtheil beschafft, so wäre der Eigenthumsübergang bei der Zwangsvollstreckung durch Wegnahme der Sache natürlich von allen Voraussetzungen abhängig, welche für die Fiction des § 779 von dem Gesetz aufgestellt sind.

Danach würde gemäss der herrschenden Meinung, welche die Fiction der Willenserklärung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils leugnet, wenn der Verkäufer mittels vorläufig vollstreckbaren Urtheils verurtheilt ist, das Kaufobjekt zu liefern, die Wegnahme desselben dem Käufer wenig nützen; denn das Eigenthum könnte erst nach Rechtskraft des Urtheils auf ihn übergehen. Die herrschende Meinung leugnet ferner die Anwendbarkeit des § 779 auf andere Vollstreckungstitel als Urtheile. Woher käme dann aber der Eigenthumsübergang bei der Zwangsvollstreckung aus solchen Titeln, wenn er bei derjenigen aus Urtheil auf § 779 ruhte?

Indessen soll dies hier nicht geltend gemacht werden, weil u. E. auch das vorläufig vollstreckbare Urtheil die Fiction der Willenserklärung herbeiführt, und der § 779 auf Urtheile **nicht** beschränkt ist (unten IV. V). Aber jedenfalls zeigt Folgendes die Gefahren der bekämpften Ansicht. Wäre der Verkäufer verurtheilt, gegen Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug das Kaufobjekt zu liefern, so würde in Konsequenz dieser Ansicht das Eigenthum erst dann auf ihn durch die Wegnahme übertragen werden können, „sobald nach den Bestimmungen der §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist“ (§ 779),

[1]) Vorbehaltlich des § 778.

und um diese zu erreichen, müsste der Verkäufer vorleisten und den Beweis seiner Leistung durch eine öffentliche Urkunde führen. Ist dagegen die Zwangsvollstreckung aus §§ 769 ff. unabhängig von § 779, so ist bei Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug von alledem keine Rede; denn der § 664 selbst spricht nur von Verurtheilung zur Leistung gegen Vorleistung [1]).

Auf die Verurtheilung zur Herausgabe von Sachen ist also der § 779 C.-Pr.-O. ohne jeden Einfluss. Schwierig dagegen ist die Abgrenzung dessen, was als reine Willenserklärung diesem Paragraphen untersteht, von demjenigen, was die C.-Pr.-O. als „Handlungen" betrachtet und der Zwangsvollstreckung gemäss ihrer §§ 773. 774 unterwirft.

Zu betonen ist auch hier vor allem, dass eine Leistung im Sinne der C.-Pr.-O. immer nur entweder als Willenserklärung dem § 779, oder als Handlung dem § 773 oder dem § 774 untersteht, dass niemals, wenn eine Handlung mehr ist als Willenserklärung, aber eine Willenserklärung als Element enthält, dieses durch die Fiction des § 779 und nur das Weitere auf anderem Wege hergestellt wird. Nicht zu verwechseln freilich ist hiermit die Verurtheilung zu mehreren Leistungen, von denen die eine Willenserklärung, die andere Handlung ist. Z. B. kann jemand in einem Urtheil verurtheilt werden, ein bestimmtes Versprechen abzugeben und für dessen Erfüllung Sicherheit zu leisten. Der erste Theil der Verurtheilung vollstreckt sich gemäss § 779, zur Vollstreckung des zweiten bedarf es des Einschreitens gemäss § 773 oder § 774. Wir greifen auf dieses Beispiel, weil ein Fall dieser Art von dem dritten Senat des Reichsgerichtes [2]) in einer u. E. nicht zutreffenden Art behandelt worden ist. Der Beklagte war zur Stellung einer usufruktuarischen Kaution verurtheilt. Das Reichsgericht sprach aus, dass zur Erwirkung keiner Art von Realkaution der § 774 C.-Pr.-O. anwendbar sei, dass aber gemäss diesem Paragraphen gegen den Beklagten hätte eingeschritten werden können, wenn die Kläger von vornherein erklärt

---

[1]) So wenigstens nach der vorherrschenden u. E. richtigen Meinung; vgl. Seuffert zu § 664 Anm. 2; Wilmowski-Levy zu § 664 Anm. 1; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 36 ff. und die dortigen Angaben.

[2]) Beschl. v. 2. XI. 84, Entsch. B. 13 S. 339 ff.

hätten, dass sie sich mit einer promissorischen Sicherheit (Verbal-Kaution) begnügen wollten. In erster Linie ist aber ein Urtheil, welches zur Stellung einer usufruktuarischen Kaution verurtheilt, nur dahin zu verstehen, dass der Beklagte Realsicherheit leisten muss, während das Urtheil die Existenz der persönlichen Verpflichtung des Beklagten als des Niessbrauchers nur feststellt. Denn diese Verpflichtung steht, wie derselbe Senat anerkannte[1]), im heutigen Recht auch ohne Kautionsleistung fest, und ein Urtheil, welches zur Kautionsleistung verurtheilt, wird im Zweifel von dem Versprechen der Erfüllung dieser Verpflichtung überhaupt nicht, sondern nur von realer Sicherstellung verstanden werden können. Ist aber der Beklagte zur Leistung eines solchen Versprechens wirklich verurtheilt, so hat es der Kläger durch das rechtskräftige Urtheil in Händen; zu einem Zwangsverfahren gemäss § 774 C.-Pr.-O. kann diese Verurtheilung niemals führen, sondern es kann nur noch, wenn zugleich zur Bestellung einer Realsicherheit verurtheilt ist, die Zwangsverwirklichung der letzteren als einer selbstständig neben Ablegung des Versprechens stehenden Handlung in Frage kommen.

Dem Wortlaute nach spricht der § 779 C.-Pr.-O. nur von Willenserklärungen, nicht von Erklärungen enuntiativen Inhalts. Er würde danach auf eine Verurtheilung zu einem Geständniss, zur Ausstellung einer Quittung, Bescheinigung, eines Zeugnisses, keine Anwendung finden.

Allein die Verurtheilung, dies oder jenes anzuerkennen, kann nur als die Feststellung des Anzuerkennenden aufgefasst werden. Bei der Verurtheilung zur Ertheilung einer schriftlichen Quittung oder Bescheinigung, eines schriftlichen Zeugnisses von bestimmtem Inhalt stellt das Urtheil die den Inhalt der Erklärung bildende Thatsache ebenfalls rechtskräftig fest, und es kann nur fraglich sein, ob etwa dennoch der Kläger ein Recht auf die wirkliche Ausstellung der Urkunde seitens des Beklagten hat. Diese Frage liegt ebenso wie bei der Verurtheilung zur Ausstellung von Dispositivurkunden und wird unten beantwortet werden. Richtet sich die Verurtheilung auf Abgabe einer Erklärung nicht bestimmten Inhalts, z. B. auf Ertheilung

[1]) Urt. v. 20. I. 85, Entsch. B. 13 S. 172; vgl. Windscheid, Pandekten B. 1 § 204[1].

einer Auskunft, auf Ausstellung eines wahrheitsgemässen Zeugnisses über Leistungen des Klägers [1]), so kann, ebenso wie bei Verurtheilung zu Willenserklärungen nicht bestimmten Inhalts, nur die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen und zwar nach §§ 774 (778) C.-Pr.-O. helfen.

Unter den Willenserklärungen selbst nämlich können natürlich diejenigen nicht unter § 779 C.-Pr.-O. fallen, deren Inhalt nicht feststeht; denn die Fiction, dass der Beklagte etwas erklärt habe, ist sinnlos, wenn man nicht weiss, was. Also ist § 779 unanwendbar, wenn der Beklagte in irgend einem Sinne verurtheilt ist, unter zwei Möglichkeiten zu wählen. Ist er z. B. verurtheilt, eines von zwei Grundstücken aufzulassen, nach seiner Wahl, so würde die Fiction nichts helfen, weil man nicht weiss, welches Grundstück der Beklagte auflassen würde. Ebenso steht es, wenn der Beklagte verurtheilt ist, entweder eine Willenserklärung abzugeben oder eine andere Leistung zu bewirken, nach seiner Wahl, z. B. ein Grundstück aufzulassen oder eine Summe Geldes zu zahlen [2]). Mit der Rechtskraft des Urtheils die Auflassungserklärung fingiren, hiesse dem Beklagten die Wahl nehmen, welche ihm das Urtheil ausdrücklich zuspricht. Würde dagegen in solchen Fällen das Urtheil dem Kläger die Wahl zusprechen, so würde man annehmen müssen, dass mit dessen Wahlerklärung die Fiction in Ansehung der von ihm gewählten Erklärung gegeben ist [3]).

Es ist früher ausgeführt, dass die Erklärung, zu welcher der Beklagte verurtheilt ist, auch im Verhältniss zu Dritten mit derselben Wirkung als abgegeben gilt, wie wenn er sie wirklich abgegeben hätte; es wurde aber bereits angedeutet, dass nur solche Erklärungen, welche dem Kläger gegenüber abzugeben oder überhaupt nicht empfangsbedürftig sind, der Fiction des § 779 C.-Pr.-O. unterliegen; Er-

[1]) Wie nach §§ 113. 129 Gew. O. (Ges. v. 1. VI. 1891). Nur der Inhalt und nicht, wie Bunsen Mecklenburgische Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Rechtsw. B. 2 S. 339 behauptet, die Form der Erklärung schliesst hier die Anwendung des § 779 C.-Pr.-O. aus.

[2]) Reichsger. V. Sen., Beschl. v. 4. Febr. 91, Entsch. B. 27 S. 382.

[3]) So auch Levy, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 36 S. 41. Es ist im übrigen nicht die Absicht, die Zwangsvollstreckung bei alternativer Verurtheilung hier weiter zu verfolgen. Vgl. darüber neuestens Levy a. a. O. S. 31 ff.

klärungen, welche dritten Personen gegenüber abzugeben sind, können durch diese Fiction nicht ersetzt werden [1]). Es kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, durch das Urtheil in einem Prozesse, an welchem der Dritte nicht betheiligt ist, von welchem er vielleicht gar keine Kenntniss hat und keine Notiz zu nehmen verpflichtet ist, dieselben Wirkungen eintreten zu lassen, zu deren Begründung es sonst einer dem Dritten gegenüber abzugebenden Erklärung bedarf. Wenn z. B. mein Hauswirth sich mir gegenüber verpflichtet hat, einem anderen Miether, welcher sich unliebsam gemacht hat, die Wohnung zu kündigen, und auf erhobene Klage dazu verurtheilt ist, so ist er zu einer Willenserklärung gegenüber dem dritten Miether verurtheilt. Er ist nicht verurtheilt, unbedingt dafür zu sorgen, dass der Dritte sich an dem und dem Tage nicht mehr in dem Hause befindet, denn er muss ja vielleicht den Dritten erst zwangsweise austreiben lassen, sondern er ist nur verurtheilt, dem Dritten durch Kündigung das Recht zu entziehen, sich nach Ablauf der Kündigungszeit noch in der Wohnung aufzuhalten. Er ist auch, wenn er lediglich zur Kündigung verurtheilt ist, damit noch nicht ohne weiteres verurtheilt, auch gegen den Dritten im Weigerungsfalle Klage auf Räumung zu erheben und Zwangsvollstreckung zu betreiben. Jedenfalls wäre dies Verurtheilung zu weiteren Handlungen; die Verurtheilung zur Kündigung ist selbstständig. Würde nun die Kündigung durch die Rechtskraft des Urtheils ersetzt, so würde der Miethsvertrag zwischen dem Beklagten und dem Dritten mit Ablauf der Kündigungsfrist von selbst erlöschen, ohne dass der Dritte das geringste von dem Prozess erfahren zu haben brauchte. Dies ist unmöglich. Hätte es die C.-Pr.-O. gewollt, so hätte sie wenigstens ein Verfahren anordnen müssen, durch welches der Dritte verbindlich von dem Urtheil in Kenntniss gesetzt würde, etwa wie bei dem Pfändungsbeschluss über eine Forderung. Ein solches Verfahren fehlt hier ganz; nicht einmal Streitverkündung ist für Fälle dieser Art vorgesehen (§ 69 C.-Pr.-O.). Die private Mittheilung des Klägers von dem Urtheil an den Dritten genügt nicht. Er ist nicht ermächtigt, das Kündigungsrecht an Stelle des Verurtheilten auszuüben; der Dritte braucht nur eine Kündigung seitens seines Vermiethers

[1]) Förster-Eccius, preussisches Privatrecht B. 1 § 56 [5].

entgegenzunehmen. Höchstens wäre daran zu denken, dass der Kläger sich auf Grund des Urtheils durch Beschluss gemäss § 773 C.-Pr.-O. ermächtigen lassen könnte, die Kündigung im Namen des Verurtheilten vorzunehmen. Auch dies aber wäre verkehrt, weil, wie später auszuführen ist (VI), die Ermächtigung nach § 773 C.-Pr.-O. die Vollmacht zum Handeln im Namen des Schuldners nicht ersetzt. Es bleibt also nur Zwangsvollstreckung gemäss § 774 C.-Pr.-O. oder Interesseklage (§ 778 C.-Pr.-O.) übrig.

Auch die Verurtheilung zur Stellung eines Antrages an eine Behörde kann nicht anders beurtheilt werden, als diejenige zur Abgabe einer Willenserklärung gegenüber einem privaten Dritten. Das Urtheil kann unmöglich die Stellung des Antrages, die an die Behörde zu richtende Bitte um ihr Vorgehen fingiren; denn wie sollte die Behörde durch diese Fiction in Bewegung gesetzt werden? Es bedarf vielmehr der realen Inanspruchnahme ihrer Thätigkeit. Es kann sich also nur darum handeln, ob das Ersuchen des Gerichts oder der eigene Antrag des Klägers denjenigen des Beklagten ersetzen können. Die C.-Pr.-O. sieht ein Ersuchen des Gerichts für Fälle dieser Art nicht vor. Wer behauptet, dass das Urtheil den Antrag fingirt, muss zugeben, dass das Urtheil sich selbst vollstreckt hat, also zu seiner Vollstreckung das Einschreiten der Behörde nicht erforderlich sein kann, folglich auch nicht das Gericht nach § 698 C.-Pr.-O. die Behörde um ihr Einschreiten zu ersuchen hat. Wer, wie hier geschieht, behauptet, dass der Antrag, zu dessen Stellung der Beklagte verurtheilt ist, durch das Urtheil nicht fingirt wird, muss folgern, dass die Vollstreckung des Urtheils sich auf die Erzwingung des Antrages als einer Handlung des Beklagten zu richten hat (§ 774 C.-Pr.-O.), so dass also wiederum zum Zwecke der Zwangsvollstreckung das Einschreiten der Behörde, an welche der Antrag zu richten ist, nicht in Frage kommt. Es kann also nicht nach der C.-Pr.-O., sondern nur möglicherweise nach den Gesetzen über das Verfahren, welches durch den Antrag des Beklagten eingeleitet werden soll, zu einem Ersuchen des Gerichts an die Behörde kommen.

Die zweite Möglichkeit ist, dass der Kläger durch seinen eigenen Antrag die Thätigkeit der Behörde in Bewegung setzt, indem

die Einwilligung des Beklagten in den vom Kläger zu beantragenden Akt fingirt wird, und die Vorlage des Urtheils dem Kläger zum Ausweis hierüber dient. Ob dies möglich ist, richtet sich wiederum nach den Grundsätzen, welche für das Verfahren der Behörde in dem gegebenen Falle massgebend sind. Ist z. B. der beklagte Hypothekgläubiger verurtheilt, in die Löschung der Hypothek zu willigen, so hat dies den Sinn, dass er dem Kläger die von diesem als eingetragenem Eigenthümer zu beantragende [1]) Löschung zu bewilligen hat, und diese Bewilligung wird durch das Urtheil gemäss § 779 C.-Pr.-O. (wie schon nach Grundb.-O. § 94 Nr. 2) ersetzt. Dagegen kennt das Markenschutzgesetz im § 5[2]) abgesehen von den Fällen des Abs. 2, welche hier nicht in Frage kommen, die Löschung eines eingetragenen Waarenzeichens nur auf Antrag des Inhabers der Firma, für welche es eingetragen ist. Der § 11 des Gesetzes bestimmt: „Der Inhaber einer Firma, für welche ein Waarenzeichen eingetragen ist, hat dasselbe auf Verlangen desjenigen, welcher ihn von der Benutzung des Zeichens auszuschliessen berechtigt ist.... löschen zu lassen". Dies kann nur als die Verpflichtung des Inhabers der Firma verstanden werden, auf Verlangen des Berechtigten die Löschung durch seinen Antrag herbeizuführen. Gehorcht er einem ihn hierzu verurtheilenden Urtheil nicht, so ist er im Wege der Zwangsvollstreckung gemäss § 774 C.-Pr.-O. dazu anzuhalten. Der Löschungsantrag des Inhabers der Firma kann durch das Urtheil nicht fingirt werden; der Kläger wird auch nicht durch das Urtheil ermächtigt, im Namen des Verurtheilten die Löschung zu beantragen[3]); es könnte nur die Einwilligung des Beklagten dazu fingirt werden, dass der Kläger in eigenem Namen den Löschungsantrag stellte; ein solcher Löschungsantrag ist jedoch dem Gesetze nicht bekannt. Er müsste es aber sein, damit man mit Kohler[4]) sagen könnte, dass auf Grund der durch das Urtheil bewirkten Annahme der blossen Einwilligung des Firmeninhabers in die Löschung diese herbeigeführt werden könnte.

[1]) Gesetz über den Eigenthumserwerb u. s. w. § 58. Grundb.-O. § 92.

[2]) Vgl. auch § 12 Nr. 1.

[3]) Er kann dazu auch nicht durch Beschluss gemäss § 773 C.-Pr.-O. ermächtigt werden (VI).

[4]) Markenschutz S. 345 f.

Aus gleichem Grunde ist es u. E. nicht möglich, die Fiction des § 779 C.-Pr.-O. mit der herrschenden Meinung[1]) auf die Verurtheilung zur Entgegennahme einer Auflassung anzuwenden. Der neue Erwerber muss bei der Auflassung erklären, dass er seine Eintragung als Eigenthümer beantrage[2]), während der eingetragene Eigenthümer erklärt, dass er die Eintragung bewillige. Das letztere ist wesentlich nichts anderes als die auch in anderen Fällen nothwendige Einwilligung zu dem von dem Eintragsberechtigten zu stellenden Antrage auf Eintragung, nur ist diese Erklärung hier strenger solennisirt als sonst, da sie notwendig vor dem Gerichte abgegeben werden muss und nicht von dem neuen Erwerber in urkundlicher Form vorgelegt werden kann. Solche Formalität der Erklärung steht der Fiction des § 779, wie unten auszuführen ist, nicht im Wege, und es würde daher das Urtheil der Erklärung gleichzustellen sein, auch wenn § 3 des Gesetzes über den Eigenthumserwerb dies nicht verordnete; und wollte man die Anwendbarkeit des § 779 leugnen, so würde der Satz nach dem angeführten § 3 aufrecht bleiben. Mit dem Antrag des neuen Erwerbers auf seine Eintragung dagegen steht es anders. Diesen Antrag konnte nach preussischem Grundbuchrechte anerkanntermassen das Urtheil nicht ersetzen. Es kommt also lediglich darauf an, ob dies nach § 779 C.-Pr.-O. möglich ist. Das Grundbuchgericht verfährt nur auf Antrag[3]). Da jede Verbindung zwischen dem Prozess und dem einzuleitenden Verfahren des Grundbuchrichters fehlt, so ist augenscheinlich, dass diesen die Fiction des Antrages mit Rechtskraft des Urtheils nicht in Thätigkeit versetzen könnte. Es könnte auch hier nur so gehalten werden, dass der Kläger seinerseits die Eintragung des neuen Erwerbers beantragte, und dass dessen Einwilligung zu diesem Antrage fingirt würde. Zu dieser Konstruktion sieht sich auch Turnau genöthigt: „Wenn der Veräusserer unter Vorlegung eines rechtskräftigen Erkenntnisses dieses Inhalts (Verurtheilung zur Entgegennahme der Auflassung) vor dem

---

[1]) Turnau, Grundbuchordn. § 48 Anm. II,2 S. 190, Förster-Eccius, preuss. Privatr. B. 3 § 178[34], Dernburg, preuss. Privatr. B. 1 § 241[14], Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 2, Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 312.

[2]) Ges. über den Eigenthumserwerb u. s. w. § 2.

[3]) Grundbuchordn. § 30.

zutändigen Amtsgerichte die Eintragung des Verurtheilten als Eigenthümer bewilligt und die Eintragung des Eigenthumsüberganges beantragt, so ist die Auflassung vollständig und die Eintragung des Verurtheilten als neuen Eigenthümers zu bewirken". Damit sind die Rollen bei der Auflassung umgekehrt. Turnau selbst sagt nicht, dass der Antrag des neuen Erwerbers auf Eintragung durch das Urtheil ersetzt werde, sondern er verlangt — und muss verlangen — einen andern Ersatz dafür, den Antrag des eingetragenen Eigenthümers. Diesen Antrag kennt aber das Grundbuchrecht als Grundlage der Eintragung des neuen Erwerbers nicht.[1]) Übrigens ist kaum zu glauben, dass es praktisch auch nur annähernd von derselben Wichtigkeit sein könnte, das Eigenthum in der hier abgelehnten Weise dem Gegner zu octroyiren, als umgekehrt, es von ihm zu erlangen. Ist der Gegner zu einer Gegenleistung verpflichtet, so kann dieselbe auf Grund des Angebots der Auflassung gefordert werden; im übrigen kann, wenn der Gegner wirklich zur Abnahme verpflichtet ist, schon gemeinrechtlich der Eigenthümer sich des Grundstücks im Wege des Selbsthülfeverkaufes entledigen[2]) und, wenn der Verkauf sein Interesse nicht deckt, die Differenz einklagen. Auch das Zwangsvollstreckungsrecht der C.-Pr.-O. führt zu dem nämlichen Ergebniss. Denn, wenn der Gegner verurtheilt ist, das Grundstück abzunehmen, so kann jeder Dritte denselben Erfolg herstellen, auf den es dem Kläger ankommt, und der Kläger kann sich also gemäss § 773 C.-Pr.-O. ermächtigen lassen, auf Kosten des Schuldners das Grundstück anderweitig unterzubringen. Auch dann, wenn die Verurtheilung sich darauf richtet, das Grundstück abzunehmen und dem Kläger etwa eine Hypothek daran einzuräumen, z. B. in Erfüllung eines Kaufvertrages, bei welchem ein Theil des Kaufpreises hypothekarisch eingetragen werden sollte, ist derselbe Vollstreckungsweg gangbar.

Etwas anderes als die Verurtheilung zur Stellung eines Antrages oder zur Abgabe einer anderen Willenserklärung an eine Behörde ist die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung dem Kläger gegenüber vor einer Behörde. Ob eine solche Erklärung durch das

---

[1]) Anders Entw. d. B. G.-B. § 833 Abs. 1. § 828 Abs. 1. 2. § 868, Entw. d. Grundb.-O. § 19.

[2]) D. 18, 6, 1 § 3 (Ulp.)

Urtheil ersetzt wird, hängt von der Frage ab, in wie weit auch Formalerklärungen der Fiction des § 779 C.-Pr.-O. zugänglich sind.

Es findet sich die Behauptung, dass nur die Erklärung, welche nichts als einfachen mündlichen Ausdruck fordert, von § 779 C.-Pr.-O. getroffen werde [1]), dass dieser Paragraph nicht Platz greife, wenn es einer äusseren Manifestirung des Willens bedürfe [2]); andere bezeichnen die Form der Erklärung als gleichgültig [3]), jedoch vielfach mit unklarer und widerspruchsvoller Abgrenzung gegen Handlungen, die mehr sind als Willenserklärung. So sagt Gaupp, der § 779 finde nicht Anwendung, wenn das Urtheil ausser der Willenserklärung noch auf eine äussere Handlung (ist die Willenserklärung eine innere?), wie die Abgabe der Unterschrift auf einem Wechsel oder das Indossament eines Inhaberpapiers (?) gerichtet sei; Struckmann-Koch wollen einerseits den § 779 auf schriftliche Willenserklärungen angewandt wissen, andererseits wollen sie demselben die schriftliche Errichtung eines mündlich verabredeten Kontrakts entziehen, (ebenso wie die Wechselunterschrift). Wilmowski-Levy halten § 779 für ausgeschlossen, wenn die Verurtheilung noch eine sonstige Thätigkeit betrifft, wohin sie die Beisetzung einer Unterschrift, Abgabe von Wechselerklärungen, „wodurch die Herstellung einer formalen Litteralobligation bewirkt werden soll", Indossirung von Orderpapieren, Ausstellung einer zur Legitimation bei Dritten erforderlichen schriftlichen Urkunde rechnen. Seuffert [4]) sagt, dass das Urtheil auch die gerichtlich oder notariell abzugebende Erklärung ersetze, nicht aber die Beisetzung einer Unterschrift, die Indossirung eines Orderpapiers, die Ausstellung eines Zeugnisses oder einer Quittung. Bunsen [5]) hält das Urtheil für fähig, jede Form zu ersetzen, gerichtliche, notarielle und sonstige, nur nicht die Schriftform. Auf besonderem Boden steht noch die Behauptung [6]),

---

[1]) Endemann B. 3 zu § 779 S. 330.

[2]) Puchelt zu § 779 Anm. 2.

[3]) Gaupp zu § 779 Anm. I, 2; Struckmann-Koch zu § 779 Anm. 1; Wilmowsky-Levy zu § 779 Anm. 2; Foerster-Eccius, preussisches Privatrecht B. 1 § 56 [5].

[4]) Zu § 779 Anm. 2.

[5]) Mecklenb. ZS. f. Rechtspflege und Rechtswissenschaft B. 2 S. 339.

[6]) Struckmann-Koch a. a. O.; Wilmowsky-Levy a. a. O.

dass die reale Herstellung von Urkunden, welche im Auslande benutzt werden sollen, unerlässlich sei.

Soll in dieses Gewirr Ordnung gebracht werden, so kann das nur bei strenger Durchführung des Satzes geschehen, dass kein Rechtsakt hierher gehört, der seiner rechtlichen Natur nach mehr ist als Willenserklärung, aber jeder, der nur dies ist, ohne jede Rücksicht auf seine Form. Der § 779 C.-Pr.-O. spricht von Willenserklärungen ohne jede Einschränkung; also hat den Wortlaut des Gesetzes für sich, wer behauptet, dass auch formelle, insbesondere schriftliche, notarielle, gerichtliche Willenserklärungen zum Anwendungskreise dieses Paragraphen gehören. Jede Einschränkung bedarf, angesichts der ganz allgemeinen Redeweise der Bestimmung, rechtfertigender Gründe, und an solchen fehlt es u. E. in Bezug auf die förmlichen Willenserklärungen vollkommen. Das Recht ist ebenso wohl im Stande, auf Grund des Urtheils die Folgen eintreten zu lassen, welche es sonst an die schriftliche oder noch mehr formalisirte Willenserklärung anknüpft, wie diejenigen, welche sonst an die formlose Erklärung geknüpft sind; die Fiction der Willenserklärung thut in beiden Fällen vollkommen gleichen Dienst, und die Absicht des Gesetzgebers, den Zwang zur realen Handlung da auszuschliessen, wo man ohne ihn auskommen kann, wird also zu der Annahme führen müssen, dass auch bei Formalerklärungen kein Zwang zur Erklärung, sondern nur die Fiction derselben eintritt.

Hierauf weist auch mit Sicherheit der Rechtszustand hin, an welchen sich die C.-Pr.-O. anschloss. Eintragungen und Löschungen im Grundbuche erfolgen ausnahmslos nur auf Grund gerichtlicher Erklärungen oder gerichtlich oder notariell aufgenommener oder beglaubigter Urkunden [1]), und doch genügt statt ihrer das rechtskräftige Urtheil, welches zur Abgabe der Erklärung schuldig spricht. Wenn man nun bei Abfassung der C.-Pr.-O. die Absicht hatte, den im Grundbuchrecht anerkannten Satz zu verallgemeinern, so lässt sich doch in der That nicht absehen, warum formelle Erklärungen ausserhalb des Grundbuchrechtes von der Bestimmung des § 779 C.-Pr.-O.

---

[1]) Gesetz über den Eigenthumserwerb u. s. w. § 2; Grundbbuch-Ordnung § 31 ff. § 53.

ausgeschlossen sein sollten [1]). Das Urtheil ersetzt die Willenserklärung vielmehr in jeder Form [2]).

Hieraus folgt zugleich in Verbindung mit dem früher Bemerkten, dass auch die Verurtheilung zur Ausstellung einer Quittung, eines Zeugnisses von bestimmtem Inhalt keine Zwangsvollstreckung zur realen Erfüllung des Urtheils nach sich zieht, sondern es lediglich bei der rechtskräftigen Feststellung der Tilgung der Schuld, über welche quittirt, der Thatsache, welche bezeugt werden sollte, sein Bewenden hat. Denn wir haben oben gesehen, dass höchstens die Form der begehrten Erklärung dem Kläger ein Recht geben könnte, auf Grund des Urtheils die reale Ausstellung der Urkunde zu verlangen. Ist es aber richtig, dass die Urkunde als Trägerin der Willenserklärung durch das rechtskräftige Urtheil ersetzt wird, so muss dasselbe auch von der Urkunde als Trägerin des blossen Eingeständnisses einer Thatsache gelten. Die Quittung ist mehr, wenn sie Form des liberatorischen Vertrages oder Trägerin der Löschungsbewilligung des Hypothekgläubigers, als wenn sie blosses Bekenntniss der empfangenen

---

[1]) Auch die Vorschrift (§ 779 Abs. 2), dass die Fiction der Willenserklärung bei Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung kommt, könnte man als eine Bestätigung der hier vertretenen Auffassung ansehen. Denn diese Ausnahmevorschrift war nur dann nothwendig, wenn man der Ansicht war, dass die Form des Eheschliessungsaktes vor dem Standesbeamten der Anwendung des Grundsatzes in § 779 Abs. 1 nicht hinderlich gewesen sein würde. So Bunsen a. a. O. S. 339 [85]. Doch ist dies Argument nicht durchschlagend; denn auch von § 774 wird die Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe ausdrücklich ausgenommen (§ 774 Abs. 2). Eine dieser Ausnahmevorschriften ist jedenfalls unnöthige Vorsicht. Fällt die Eheschliessung an und für sich unter § 779, so war es überflüssig, sie von § 774, fällt sie an und für sich unter § 774, so war es überflüssig, sie von § 779 auszunehmen.

[2]) Selbstverständlich ersetzt das Urtheil nicht die etwa nöthige correspondirende Willenserklärung des Klägers; verlangt daher das Recht schriftliche, notarielle oder gerichtliche Abgabe auch der letzteren, so muss diese in der nöthigen Form real abgegeben werden, wie auch selbstverständlich der Kläger, der eine Verurtheilung des Beklagten zur Auflassung erstritten hat, seinen correspondirenden Eintragungsantrag vor dem Grundbuchgericht zu erklären nicht ersparen kann. Dies ist für den notariellen Vertrag nach Bericht Kleinfellers, Z.-S. f. C.-Pr. B. 17 S. 254, näher ausgeführt von Goldenring, Jur. Z.-S. für Elsass-Lothringen B. 16 S. 157 ff. Diese Zeitschrift war mir nicht zugänglich.

Zahlung ist; wird sie ersteren Falles durch das rechtskräftige Urtheil ersetzt[1]), so kann das im letzteren Falle nicht anders sein.

Selbst wenn eine Urkunde, z. B. eine Vollmacht, zur Legitimation gegenüber Dritten, Behörden wie Privatpersonen, erforderlich ist, kann hiervon keine Ausnahme zugestanden werden. Sind doch die Urkunden über Bewilligung von Einträgen in das Grundbuch durchweg solche, welche der Kläger zu seiner Legitimation bei dem Grundbuchrichter braucht. Wenn man erwägt, dass, wie oben ausgeführt, das rechtskräftige Urtheil Dritten gegenüber ebenso wirksam ist, wie die Erklärung des Beklagten, so wird jedes Bedenken in dieser Richtung verschwinden müssen. Wollte man etwa Rücksicht darauf nehmen, dass dritte Private aus Unkunde der Prozessordnung dem Urtheil gegenüber Schwierigkeiten machen könnten, die sie gegen die reale Unterschrift des Verurtheilten nicht erheben würden, so steht dem gegenüber die Rücksicht auf den Beklagten, den das Gesetz mit Zwang zur Abgabe der Willenserklärung verschont wissen will, und das ist die höhere Rücksicht. Wollte man Zwang nach § 774 C.-Pr.-O. gegen den Beklagten ausüben, damit er die Unterschrift abgebe, weil der Kläger fürchtet, dass Dritte dem Urtheil keinen Glauben schenken würden, so stände das auf genau derselben Stufe, wie wenn man den Beklagten durch Geldstrafen oder Haft zum Traditionskonsens zwingen wollte, weil der Kläger fürchtet, dass Dritte ihn auf Grund der Wegnahme der Sache durch den Gerichtsvollzieher nicht als Eigenthümer respektiren werden. Soweit der Sieger rechtlichen Anspruch auf Respekt vor dem Urtheil hat, mag er gegen die Dritten mit Rechtszwang vorgehen; scheut sich jemand etwa aus übertriebener Vorsicht, mit ihm auf Grund des Urtheils zu kontrahiren, so kann das dem Sieger freilich nachtheilig sein, aber für diesen Nachtheil gewährt das Recht ebenso wenig Abhülfe, wie wenn der Dritte sich scheuen würde, dem Kläger die ihm durch den Gerichtsvollzieher übergebene Sache abzukaufen. Auch sind das Schwierigkeiten, welche sich bei dem Urtheil, das zu mündlicher Willenserklärung verurtheilt, genau ebenso ergeben können, und die, sollten sie bestehen, verschwinden werden, wenn eine kon-

[1]) Vgl. Grundb.-O. § 94 Nr. 1 mit Nr. 2.

stante sachgemässe Rechtsprechung die erforderliche Kenntniss von dem Grundsatz der C.-Pr.-O. verbreitet haben wird.

Bislang ist die Rechtsprechung noch sehr getheilt. Das Oberlandesgericht zu Kiel[1]) hat angenommen, dass die Verurtheilung, einen Tauschkontrakt zu vollziehen, zur Zwangsvollstreckung wegen Handlungen führe (und zwar nach § 774 C.-Pr.-O.); ebenso sprach sich derselbe Gerichtshof[2]) in Bezug auf ein Urtheil aus, welches den Beklagten verurtheilt hatte, einen schriftlichen Kaufkontrakt über die von ihm den Klägern verkauften Grundstücke zu vollziehen und den Kaufkontrakt zu erfüllen. Das Landgericht hatte in diesem Falle angenommen, dass der Vertrag mit Rechtskraft des Urtheils als errichtet zu gelten habe, allein das Oberlandesgericht führt aus: Da der Vertrag bei Abgabe des Urtheils noch nicht angefertigt gewesen sei, der Beklagte also zur Errichtung eines dem Urtheil entsprechenden Vertrages schuldig erkannt sei, so müsse § 774 C.-Pr.-O. zur Anwendung gelangen, weil die Genehmigung des Kaufvertrages und die sich daran anschliessende Vollziehung des Kontraktes eine Handlung sei, welche von einem Dritten nicht vorgenommen werden könne und ausschliesslich vom Willen des Schuldners abhänge.

Der genauere Sachverhalt ist aus den Publikationen nicht ersichtlich. Es sind aber doch nur zwei Fälle denkbar. Entweder der mündliche Vertrag ist nach allen Richtungen hin bestimmt, so dass der schriftliche Vertrag nichts als Wiedergabe seines Inhaltes ist. In diesem Falle ist mit dem Landgerichte zu behaupten, dass die Fiction des § 779 vollkommen durchgreift; denn es liegt hier nichts vor, als das Recht auf eine Willenserklärung genau bekannten Inhalts, die Schrift ist nur Form der Willenserklärung und wird durch das Urtheil ersetzt.

Allerdings ist damit nur dann alles in Ordnung, wenn der volle Inhalt des zu errichtenden Vertrages aus dem Tenor des Urtheils, vorbehaltlich seiner Interpretation aus Thatbestand und Gründen, abgelesen werden kann. Dies scheint in den von dem Oberlandesgericht Kiel behandelten Fällen nicht vorgelegen zu haben, und daraus die

---

[1]) Beschl. v. 29. VI. 83, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1883 S. 309.

[2]) Urth. v. 17. XII. 83, Seufferts Archiv B. 39 S. 378.

Schwierigkeiten entstanden zu sein. Allein nichts steht im Wege, durch gehörige Fassung des Klagantrages ein derartig vollständiges Urtheil herbeizuführen, und auch das Gericht wird nach § 130 Abs. 1 C.-Pr.-O. darauf hinzuwirken haben. Würde aber das Urtheil unbestimmt lauten, etwa dahin, dass der Beklagte verurtheilt werde, mit dem Kläger einen schriftlichen Kaufkontrakt entsprechend dem mündlichen Vertrage zu errichten, ohne dass der Inhalt des mündlichen Vertrages im Urtheil festgestellt wäre, so wäre das ein Mangel, dem man nicht durch ein Verfahren nach § 774 C.-Pr.-O. abhelfen könnte. Es hängt durchaus nicht ausschliesslich vom Willen des Beklagten ab, sich mit dem Kläger über obwaltende Differenzen in Bezug auf den dem schriftlichen Vertrage zu gebenden Inhalt zu einigen. Dies ist eine unübersteigliche Schranke, welche sich dem Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. entgegenstellt. Natürlich muss es einen Weg geben, solchen Streit durch den Richter aus dem Wege räumen zu lassen, aber das von vorn herein unzulässige Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. darf dazu nicht missbraucht werden. Über den Inhalt des abzuschliessenden Vertrages ist im ordentlichen Verfahren zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden; oder sollte es möglich sein, etwa den Streit, ob mündlich ein Kaufpreis von 10 000 oder 15 000 M. vereinbart sei, im Zwangsvollstreckungsverfahren zu erledigen? Das Gesetz will keinen Zwang gegen den Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung; es darf ihm also auch nicht durch eine in Ergänzung eines ungenauen Urtheils nach § 774 C.-Pr.-O. erlassene Entscheidung ein Zwang auferlegt werden, der gänzlich überflüssig wäre, wenn der Beklagte durch Urtheil zur Abgabe der Willenserklärung in hinlänglicher Bestimmtheit schuldig erkannt wäre. Gesetzt, jemand wäre verurtheilt, zu leisten oder zu zahlen, was ihm nach einem bestimmten Vertrage obliegt, könnte es da Sache des Zwangsvollstreckungsverfahrens sein, festzusetzen, was das ist? Unbedingt nicht. Ein solches Urtheil wäre vielmehr wegen seiner Unbestimmtheit exekutionsunfähig, und es müsste auf Grund desselben anderweit auf die bestimmte Leistung geklagt werden. Genau so ist es auch hier der richtige Weg, auf Grundlage des ersten Urtheils eine zweite Klage anzustellen und den Schuldner anderweit mit der gehörigen Determination zur Abschliessung des

Vertrages verurtheilen zu lassen. Ist dies geschehen und das Urtheil rechtskräftig, so tritt trotz der verlangten Schriftform die Fiction des § 779 C.-Pr.-O. ein. Blosse Feststellungsklage ist die zweite nicht. Das zweite Urtheil soll nicht die Rechtsfolgen feststellen, welche die nach ihrem Inhalt feststehende, durch das erste Urtheil fingirte Willenserklärung hätte, sondern dieser Willenserklärung erst ihren Inhalt geben unter Benutzung des rechtskräftigen ersten Urtheils.

Der zweite denkbare Fall ist der, dass der Vertrag abgeschlossen ist unter dem Vorbehalt der Einigung über gewisse, vorläufig in der Schwebe gelassene Punkte. Dies kann bekanntlich in doppeltem Sinne gemeint sein. Entweder wurden nur gewisse Accidentalien des Vertrages in Aussicht genommen in der Weise, dass, falls man sich über sie nicht einige, der Vertrag gleichwohl bestehen und schriftlich vollzogen werden sollte. Dann gilt alles für den ersten Fall Gesagte auch hier: Es kann geklagt werden auf Vollziehung des Vertrages; das Urtheil ersetzt den schriftlichen Vertrag, und statt jener nicht zu Stande gekommenen Abreden gelten die naturalia negotii. Oder aber es war die Meinung, dass der Vertrag nur bei Einigung über die vorbehaltenen Punkte überall in Geltung treten und vollzogen werden sollte. Dann darf einer Klage auf Vollziehung des Vertrages gar nicht statt gegeben werden, weil eine gültige Obligation nicht vorliegt [1]). Würde das Urtheil gleichwohl den Beklagten zur Vollziehung des Vertrages verurtheilen, so wäre wieder zweierlei möglich: entweder das Urtheil verpflichtete den Beklagten, in Bezug auf die offen gelassenen Punkte in dem und dem Sinne zu konsentiren: dann wäre es zwar verkehrt, aber darum nicht weniger rechtskräftig, und der Vertrag gälte in diesem Sinne als geschlossen; oder aber es verurtheilte den Beklagten zur Vollziehung des Vertrages unter Vorbehalt der Einigung über die offen gelassenen Punkte; dann wäre es ebenfalls verkehrt, aber seine Rechtskraft unschädlich; denn die Fiction der Einigung der Parteien wäre sinnlos, Zwangsverfahren unstatthaft, weil die Einigung nicht vom Willen des Beklagten ausschliesslich abhängt, und eine zweite Klage, worin begehrt würde, den Beklagten zu verurtheilen, sich mit dem Kläger über die und

[1]) Vgl. Degenkolb, Archiv für die civil. Praxis B. 71 S. 30.

die Dinge zu einigen, oder etwa nach § 778 C.-Pr.-O. das Interesse zu leisten, könnte und müsste abgewiesen werden. Nach allen Richtungen hin ergiebt sich also, dass das Urtheil, welches den Beklagten zur schriftlichen Errichtung eines Vertrages verurtheilt, sich entweder nach § 779 C.-Pr.-O. selbst vollstreckt oder gar nicht vollstreckbar ist.

Ein hochinteressanter Fall der Klage auf Vollmachtsertheilung ist vom dritten Senat des Reichsgerichts[1]) behandelt. Graf E. v. D., Kläger und Widerbeklagter, ist auf die Widerklage eines der Beklagten (Frhrr. v. D.) vom Landgericht zu Kassel rechtskräftig verurtheilt: „Den Mitverklagten II in seiner Stellung als Generalbevollmächtigten der Familie v. D. im Sinne des § 9 pos. 1 des Statuts vom Jahre 1841 und der Supplementarübereinkunft von 1844 und mit den ihm hiernach zustehenden Zuständigkeiten anzuerkennen, auch demselben die zur Führung dieser Verwaltung und zur Vertretung des Familienbesitzes den Staatsbehörden und Dritten gegenüber erforderliche Vollmacht nach Massgabe des § 3 der Supplementarübereinkunft von 1844 auch für seinen Antheil zu ertheilen." Der Widerkläger hat den Verurtheilten brieflich aufgefordert, den dem Briefe beiliegenden Vollmachtsentwurf durch seine Unterschrift zu vollziehen und ihm auszuhändigen. Nach Ablehnung dieses Ansinnens hat der Kläger den Wortlaut des Vollmachtsentwurfs durch Familienbeschluss festgestellt und durch notarielles Protokoll bestätigen lassen, und sodann bei dem Landgericht beantragt, zu erkennen, dass der Widerbeklagte durch Geldstrafe, eventuell durch Haft anzuhalten sei, „dem Urtheil vom 4. X. 80 durch Vollziehung des Vollmachtsentwurfes und dessen Aushändigung an den Widerkläger nachzukommen." Das Landgericht hat dem statt gegeben, das Oberlandesgericht dagegen auf Beschwerde den Antrag zurückgewiesen, weil der Widerbeklagte „durch die Urtheilsdecisive vom 4. Oktober 1880 schuldig erkannt sei, eine dem Wortlaute dieser Verurtheilung entsprechende Willenserklärung abzugeben, eine solche Willenserklärung aber mit der Rechtskraft des Urtheils gemäss § 779 der C.-Pr.-O. als in derjenigen Form abgegeben gilt, in welcher dieselbe

[1]) Beschl. v. 23. X. 83, Heuser, Annalen B. 28 S. 133 ff., Annalen des Reichsgerichts B. 8 S. 509.

erfolgen sollte, mithin für die Anwendung des § 774 C.-Pr.-O. im untergebenen Falle kein Raum bleibe." Das Reichsgericht wiederum wies auf die weitere Beschwerde die Sache an das Oberlandesgericht zurück mit der Begründung: „Der § 779 der C.-Pr.-O. kommt nicht zur Anwendung, wenn das Urtheil, um dessen Vollstreckung es sich handelt, dem Beklagten nicht blos die Abgabe einer Willenserklärung, sondern ein bestimmtes positives Thun ausdrücklich vorschreibt. Letzteres ist aber durch das in Frage stehende Urtheil insofern geschehen, als darin neben dem, dass der Kläger, Widerbeklagte, zur Anerkennung des Generalbevollmächtigten verurtheilt ist, ihm auch die Verpflichtung auferlegt wird, die für die Geschäftsführung dieses Bevollmächtigten Dritten gegenüber erforderliche Vollmacht zu ertheilen. Diese Vollmachtsertheilung, nämlich die Ausstellung und Aushändigung einer Vollmachtsurkunde mit entsprechendem Inhalt, ist eine besondere positive Leistung, welche durch die gesetzliche Fiction des § 779 der C.-Pr.-O. nicht ersetzt werden kann, und welche vielmehr im Weigerungsfalle mittelst Anwendung des § 774 der C.-Pr.-O. zu erzwingen ist."[1]) Das Reichsgericht gab daher dem Oberlandesgerichte auf: „in Anwendung des § 774 R.-C.-Pr.-O. und unter Berücksichtigung der zwischen den Parteien bezüglich des Inhalts der auszustellenden Vollmachtsurkunde bestehenden Differenzpunkte weiteren Beschluss zu fassen."

Stellen wir uns zunächst einmal vor, dass der Wortlaut der Vollmacht in das Urtheil aufgenommen gewesen wäre, so würde kein Zweifel daran sein können, dass das Urtheil die Vollmacht vollkommen ersetzt hätte. Wie es zugeht, dass das Urtheil den Widerbeklagten verurtheilte, den Widerkläger als Generalbevollmächtigten anzuerkennen und ihm für seinen Theil Vollmacht zu ertheilen, kann freilich aus dem veröffentlichten Thatbestande nicht ermessen werden. Auf den Ausdruck des Urtheils kann es aber nicht ankommen (vgl. oben: „ausdrücklich vorschreibt"), sondern nur darauf, ob die Ausstellung und Aushändigung der Vollmacht sachlich noch etwas anderes ist, als Abgabe einer Willenserklärung. Entweder war nun nach dem Statut die Ertheilung der schriftlichen Vollmacht seitens der

[1]) Bis hierher nach Heusers Annalen; das Folgende nach den Annalen des Reichsgerichts.

Familienmitglieder unerlässlich, um dem Widerkläger die Rechte des Generalbevollmächtigten zu verleihen, gab ihm also das Statut nur das Recht, auf diesem Wege Generalbevollmächtigter zu werden; dieses wäre der höchste Grad von Bedeutung, welcher der Vollmacht zukommen könnte; oder aber der Widerkläger stellte sich schon nach dem Statut als Generalbevollmächtigter dar, und die Ertheilung der Vollmacht hatte nur die Bedeutung, wie etwa die vereinbarte Niederschrift eines bündig abgeschlossenen Vertrages, aus welchem die Parteien auch ohne dies alle seinem Inhalt entsprechenden Rechte haben. Dem Anscheine nach war letzteres der Fall. Aber mag das eine oder das andere zutreffen, so ist doch die Vollmacht nichts als eine schriftliche Willenserklärung; und es ist gar nicht abzusehen, wo das Besondere, Positive der Ausstellung und Aushändigung der Vollmacht im Gegensatz zur Abgabe einer Willenserklärung liegen soll. Natürlich ist das Schreiben eine Handlung und das Geben des Schriftstückes ebenfalls, aber das Sprechen ist es um nichts minder, und man könnte ebensogut das Ja-Sagen wie das Unterschreiben für eine besondere positive Leistung erklären. Um zu beweisen, dass die Ausstellung der Vollmacht nicht durch die Rechtskraft des Urtheils gemäss § 779 C.-Pr.-O. ersetzt werde, müsste der Beweis geführt werden, dass dieser Akt mehr ist, als Abgabe einer schriftlichen Willenserklärung, wie z. B. beim Wechsel und manchen andern unten zu besprechenden Urkunden der Fall ist.

Freilich, dass der Kläger durch das Urtheil nicht genau dasselbe hat, als worauf sein materielles Recht ging, die Unterschrift des Beklagten, ist richtig; aber es hat dem Rechte, und aus guten Gründen, gefallen, auszusprechen, dass er sich mit dem Ersatz der gegnerischen Willenserklärung durch die richterliche begnügen muss. Liegt die Sache irgendwie anders, als wenn der Kläger statt der mündlichen Erklärung des Beklagten sich mit dem richterlichen Urtheil oder statt der Traditionserklärung durch den Beklagten mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher begnügen muss? Der grosse Sinn des § 779 C.-Pr.-O. ist eben der, dass das Recht, wo es sich um die Schöpfung von Rechtsfolgen handelt, den Zwang durch indirekte, noch dazu unsicher wirkende Zwangsmittel verschmäht, und die Rechtsfolgen, welche die Partei setzen sollte, unmittelbar durch

sein Organ, den Richter, setzt. Diese Bedeutung des Gesetzes würde man aufs äusserste verkümmern, wenn man alle schriftlichen Erklärungen von dem § 779 eximiren wollte. Dies aber müsste konsequent das Reichsgericht thun; denn wenn in dem vorliegenden Falle die Ausstellung und Aushändigung der Vollmachtsurkunde eine besondere Leistung ist, welche über den Rahmen der Willenserklärung hinausgeht, so würde das bei jeder andern schriftlichen Willenserklärung auch gelten müssen.

Es hatte daher in dem vorliegenden Falle das Oberlandesgericht durchaus Recht, wenn es den Antrag auf Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. ablehnte. Allerdings lässt der Tenor des Urtheils, dessen Vollstreckung zur Frage steht, so allgemein, wie er lautet, die Möglichkeit eines Streites unter den Parteien in der Richtung übrig, welchen Inhalt nun die durch das Urtheil statt der Erklärung des Widerbeklagten geschaffenen Machtbefugnisse des Widerklägers hätten. Das Urtheil ist referens sine relato, weil es über den Inhalt der in Bezug genommenen Familiensatzungen, denen die Vollmacht folgen soll, nichts entscheidet. Aber es gilt über das Mittel, diese Unklarheit zu beseitigen, ganz dasselbe, was oben zu den Beschlüssen des Oberlandesgerichts Kiel bemerkt ist: es hängt nicht von dem Willen des Widerbeklagten ausschliesslich ab, sich über den Inhalt der Vollmacht gütlich mit dem Widerkläger zu einigen, und schon darum kann § 774 C.-Pr.-O. nicht angewendet werden. Der Widerkläger musste vielmehr eine zweite Klage anstellen, bei welcher als feststehend anzusehen war, dass der Widerbeklagte nach Massgabe des § 3 der Supplementarübereinkunft von 1844 Vollmacht zu ertheilen hätte, und es war nunmehr der Text dieser Vollmacht durch Urtheil festzusetzen. Die Verurtheilung zur Ertheilung einer solchen Vollmacht würde trotz der Schriftform die wirkliche Ertheilung der Vollmacht ersetzen. Hat man dagegen praktische Bedenken, so wolle man erwägen, dass auch nach der Ansicht des Reichsgerichtes das Gericht den vollen Wortlaut der Vollmacht festsetzen müsste, nur in anderem Verfahren, und dass der Widerkläger die ganzen Weitläufigkeiten durch sachgemässe Anträge im ersten Prozesse hätte vermeiden können.

Die hier vertheidigte Ansicht wird getheilt von dem Oberlandes-

gericht zu Dresden[1]). Auf Grund eines Urtheils, durch welches die Beklagte verurtheilt war, „dem Kläger eine zur Löschung der fraglichen Hypothek geeignete Quittung und Löschungsbewilligung herauszugeben“, hatte der Kläger unter Vorlegung der mit dem Zeugniss der Rechtskraft versehenen Ausfertigung des Urtheils bei der Grund- und Hypothekenbehörde die Löschung beantragt. Diese aber verwies ihn an den Prozessrichter, bei welchem zuvörderst weitere Anträge zu stellen seien, da die Verurtheilung nicht auf die Abgabe einer Willenserklärung, sondern auf Herausgabe einer löschungsfähigen Quittung, mithin auf ein Thun der Beklagten gerichtet sei. Das Oberlandesgericht jedoch erachtete die hiergegen erhobene Beschwerde für begründet, indem es zunächst ausser Zweifel stellte, dass die Löschung auf Grund des § 779 C.-Pr.-O. zu erfolgen habe, wenn die Verurtheilung unmittelbar auf Bewilligung der Löschung gerichtet sei, dann aber fortfuhr, dass durch die Fassung des vorliegenden Urtheils daran nichts geändert werde. Das Gericht bemerkt zwar dabei, dass nach dem Thatbestande der Kläger die reale Ausstellung der löschungsfähigen Quittung nicht verlange, spricht ihm aber auch jedes rechtliche Interesse daran ab und zeigt in seiner Begründung deutlich, dass, auch wenn er sie verlangen würde, es bei der Fiction gemäss § 779 C.-Pr.-O. sein Bewenden haben müsste. „Rechtliches Gewicht ist hierbei allenthalben, es mag die Ausdrucksweise des Urtheils sein, welche sie wolle, nur darauf zu legen, dass dem Kläger die Füglichkeit verschafft werden soll, die Löschung herbeizuführen. Wenn dies nun auch nicht anders erreicht werden kann, als durch den urkundlichen Nachweis der erfolgten Abgabe der Löschungsbewilligung, und daher der Kläger erst dann klaglos gestellt ist, wenn die bezügliche Erklärung in einer diesen Nachweis ermöglichenden Form abgegeben worden ist, dies aber wiederum ohne ein äusserlich hervortretendes Handeln des Beklagten nicht geschehen kann, so lässt sich doch dies Handeln als etwas, was neben der im Streit befangenen Erklärung als Gegenstand der Verurtheilung in Betracht käme und die Anwendung der Vorschrift in § 779 der C.-Pr.-O. ausschlösse, nicht ansehen; denn andere Erklärungen als solche, an deren Erweislich-

[1]) Beschluss vom 1. VI. 1881, Annalen B. 3 S. 540 ff. Vgl. auch Beschluss vom 11. IX. 1891, Annalen B. 12 S. 520.

machung nach der einen oder anderen Richtung hin die klagende Partei ein Interesse hätte, und die daher in einer diesen Nachweis gestattenden Form abgegeben werden müssen, können als Streitobjekt im rechtlichen Verkehre überhaupt nicht vorkommen. Insofern enthält jede Verurtheilung zur Abgabe irgend welcher Erklärung an sich zugleich eine Verurtheilung zum Handeln; die Ausübung eines direkten Zwanges in solchen Fällen zu ersparen, ist aber eben der Zweck der Vorschrift in § 779 der C.-Pr.-O.“ Zu weit gehend würde es in diesen Ausführungen nur sein, wenn gemeint sein sollte, dass Klagen auf gänzlich formlose Willenserklärungen nicht vorkommen könnten. Man braucht nur an die Klage des Universalfideikommissars auf Antretung der Erbschaft und Restitutionserklärung zu denken; beide Erklärungen sind ganz formlos und in dem Augenblicke, wo der Fiduciar mündlich und ohne Zeugen dem Fideikommissar gegenüber beides erklärte, würde die Klage gegenstandslos. Richtig bleibt aber auch dann, dass die Willenserklärung ein Handeln ist; das Entscheidende für die Anwendbarkeit des § 779 C.-Pr.-O. ist nur, dass diese Handlung nichts Rechtserhebliches weiter als Willenserklärung ist.

Es giebt in der That Urkunden, deren Ausstellung mehr ist als Willenserklärung, und zwar in nicht kleiner Zahl. Vor allen Dingen gehört hierher der Wechsel [1]). Nicht deswegen, weil Wechselerklärungen qua Willenserklärungen in sublimerer Art der Schriftform unterworfen wären, als andere schriftliche Willenserklärungen; wäre die Ausstellung des Wechsels lediglich Willenserklärung, so würde sie der Fiction des § 779 C.-Pr.-O. vollkommen zugänglich sein. Die unmittelbaren Rechtsfolgen einer Wechselunterschrift als Willenserklärung gegen den Beklagten auf Grund der Fiction des § 779 so zu verwirklichen, wie wenn er selbst unterschrieben hätte, wäre an sich ganz unbedenklich. Es könnte z. B. gegen den, welcher zur Acceptation verurtheilt ist, auf Zahlung geklagt werden, wie

[1]) Wenn der Sinn des Urtheils überhaupt ist, dass eine Wechselunterschrift vom Beklagten nothwendig abgegeben werden muss. Dem Reichsgericht III. Senat, Beschluss vom 8. Dezember 1882, Entsch. B. 8 S. 355, ist zuzugeben, dass unter Umständen in dem zur Ausstellung eines Wechselaccepts verurtheilenden Urtheil lediglich die Verurtheilung zur Zahlung der Wechselsumme unter Hinzufügung einer Zahlungsmodalität liegt, so dass die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen stattfindet.

wenn er acceptirt hätte. Dem stände der Satz der W.-O. Art. 21: „die Annahme des Wechsels muss auf dem Wechsel schriftlich geschehen", ebenso wenig im Wege, wie sonst die nothwendige Schriftform der Erklärung sie dem § 779 C.-Pr.-O. entzieht. Und wenn gleichwohl die Fiction in dieser Richtung nicht eintritt, so liegt das daran, dass die Willenserklärung nur ein Element der Wechselausstellung und der sonstigen Unterschriften auf dem Wechsel ist, und dass der § 779 entweder die den Gegenstand der Verurtheilung bildende Handlung als eine reine Willenserklärung ganz, oder aber als eine über die blosse Willenserklärung hinausgehende Handlung gar nicht fingirt. Die Ausstellung des Wechsels ist ausser der Willenserklärung, die sie enthält, die Herstellung einer rechtlich wichtigen Sache, welche durch die Fiction der Willenserklärung nicht ersetzt werden kann, deren reales Vorhandensein vielmehr unentbehrlich ist als sächliche Unterlage für weitere rechtliche Massnahmen, auf deren Ermöglichung der Kläger ein Recht hat. Indossament und Accept sind aus gleichen Gründen unentbehrliche Veränderungen an dieser Sache. Es bedarf, um dies klar zu stellen, keines Eingehens auf die verschiedenen Wechseltheorien, sondern es werden folgende einfache Erwägungen genügen. Die C.-Pr.-O. sagt, dass das Urtheil die Willenserklärung ersetzt, aber sie sagt nicht, dass die Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ein Wechsel sein solle; damit ist eigentlich alles gesagt. Man kann das Urtheil nicht indossiren, nicht statt des Wechsels zur Annahme oder Zahlung präsentiren, es kann kein Accept darauf gesetzt werden u. s. w. u. s. w. Würde jemand zur Indossirung eines bestimmten Wechsels, den er in Händen hat, auf den Kläger verurtheilt sein, so muss der Kläger in den Besitz des Wechsels gesetzt werden, und zwar mit dem darauf gesetzten Indossament; das Urtheil kann in der zusammenhängenden Reihe von Indossamenten, welche das Wechselrecht fordert, keinen Platz ausfüllen. Ebenso ist das rechtskräftige Urtheil, welches zum Geben eines Wechselacceptes verurtheilt, nicht seinerseits ein Accept; man kann nicht mit dem Wechsel und dem Urtheil wechselmässig so weiter prozediren, wie mit dem acceptirten Wechsel.

Dies alles ist nichts dem Wechsel allein Eigenthümliches. Vielmehr gilt ganz Entsprechendes von der Ausstellung aller Orderpapiere

und selbstverständlich auch der Inhaberpapiere. Ist z. B. Jemandem bei einer in Aussicht genommenen Emission seitens des Ausgebers vertragsmässig eine bestimmte Zahl von Papieren zugesichert und der Ausgeber rechtskräftig verurtheilt, sie auszufertigen und dem Kläger herauszugeben, so ist er zu Handlungen verurtheilt, die nicht blos Willenserklärungen sind. Wohl könnte aus der Fiction des § 779 C.-Pr.-O. unmittelbar das Recht gegen den Emittenten auf die Leistungen abgeleitet werden, welche durch die Papiere verbrieft werden sollten, aber diese Fiction könnte nicht von Hand zu Hand gegeben werden, wie das Papier.

Es gehören aber auch manche andere Urkunden hierher, z. B. die nicht an Order lautende Anweisung, welche der Assignatar real haben muss, um sie acceptiren lassen zu können (Art. 300 H.-G.-B.), der Frachtbrief[1]), der Recta-Ladeschein[2]), das Recta-Konnossement[3]), weil auch diese Urkunden unentbehrliche reale Grundlage für Rechtshandlungen sind, die demjenigen, der ein Recht auf solche Urkunden hat, ermöglicht werden müssen, und durch die Fiction der in ihrer Ausstellung steckenden Willenserklärung nicht ermöglicht werden können. Hierin besteht der grosse Unterschied zwischen Urkunden dieser Art, deren Aufzählung zu erschöpfen nicht die Absicht ist, und der Errichtung eines schriftlichen Vertrages, Ausstellung einer Vollmacht u. s. w. Bei letzteren Urkunden schafft die Fiction des § 779 C.-Pr.-O. wirklich den vollen Rechtserfolg, welchen die Ausstellung der Urkunde haben würde, und nur Unkunde oder überflüssiges Misstrauen können dem Kläger Schwierigkeiten bereiten; bei jenen dagegen ist die reale Urkunde von Rechts wegen unerlässlich.

Nicht kann zugegeben werden, dass auch dann die Anwendbarkeit des § 779 C.-Pr.-O. ausgeschlossen ist, wenn das Urtheil auf

[1]) Vgl. Art. 401 Abs. 2. 402. 406 H.-G.-B.

[2]) Art. 416 H.G.-B. Der Absender kann nur durch reale Einhändigung des Ladescheines einem Dritten die Stellung des rechtmässigen Inhabers des Ladescheines gewähren, wozu er vielleicht sich verpflichtet hat, oder woran er sonst ein Interesse haben kann.

[3]) Vgl. Art. 647 H.-G.-B. Besonders wichtig in Bezug auf Rectakonnossement und Ladeschein ist Art. 649 H.-G.-B., wenn es richtig ist, worüber gestritten wird, dass auch für sie der dort ausgesprochene Grundsatz gilt.

Ausstellung einer Urkunde lautet, welche im Auslande, ausserhalb des Geltungsgebietes der C.-Pr.-O., benutzt werden soll. Die Natur der Urkunde ändert sich dadurch, dass sie im Auslande gebraucht werden soll, nicht im mindesten. Es kann nicht angenommen werden, dass die C.-Pr.-O. den Zwang zur realen Abgabe der Willenserklärung, den sie grundsätzlich verwirft, zur Anwendung gebracht wissen wollte in Rücksicht auf das ausländische Recht, welches der Rechtskraft des deutschen Urtheils die Anerkennung versagt. Soweit der Arm des deutschen Rechtes reicht[1]), gilt die Willenserklärung als abgegeben, und der deutsche Richter müsste geradezu die Rechtskraft seines eigenen Urtheils ignoriren, wenn er trotzdem Zwangsmassregeln zur realen Erzwingung der Erklärung anwenden wollte, Zwangsmassregeln, die sein Recht ihm verbietet, zur Erzwingung von Willenserklärungen zu benutzen. Man würde von der gegentheiligen Auffassung aus folgerichtig auch bei Verurtheilung zu mündlichen Erklärungen, wenn der Gläubiger sich auf sie im Auslande zu berufen gedenkt, den Zwang zur realen Erklärung anwenden müssen.

Allein zunächst, wenn der Kläger nur wünscht, sich auf die Willenserklärung im Auslande berufen zu können, so kann das einen Zwang zur realen Abgabe der Erklärung gewiss nicht nach sich ziehen; diesen Wunsch könnte sonst leicht jeder Kläger äussern, und so der § 779 C.-Pr.-O. aus den Angeln gehoben werden. Hat er ein Recht auf eine auch im Auslande brauchbare Urkunde, so wird das in den meisten Fällen eine solche sein, welche schon ihrer Natur nach, als Wechsel, Konnossement, oder als Willenserklärung gegen Dritte im Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. zu erwirken ist; aber dann ist dies der ausschlaggebende Grund und nicht die Kollision mit dem ausländischen Rechte. Handelt es sich um eine Urkunde, welche ihrer Natur nach der Fiction des § 779 C.-Pr.O. unterliegt, so ist dem Kläger nach deutschem Rechte und von deutschem Gerichte durch nichts anderes als durch diese Fiction zu helfen. Reicht das im Auslande nicht aus, so ist das eine, wenn auch üble, Nebenfolge, welche das deutsche Recht auf sich nehmen musste, indem es, wie es gethan, die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Willens-

[1]) Allerdings nicht weiter. Vgl. unten V.

erklärungen gänzlich abschnitt und die Fiction der Willenserklärung durch das rechtskräftige Urtheil an die Stelle setzte[1]).

Es bleibt noch die Frage, ob auch solche Willenserklärungen der Fiction des § 779 C.-Pr.-O. unterliegen, welche an einem bestimmten Orte oder zu einer bestimmten Zeit abzugeben sind.

Eccius[2]) meint, dass, wenn die Erklärung an einem bestimmten Orte abzugeben sei, es ihres realen Vollzuges an diesem Orte bedürfe, und sieht es deswegen als eine noch jetzt auf das preussische Grundbuchrecht zu stützende Besonderheit an, dass gleichwohl die Auflassungserklärung, die doch vor dem zuständigen Amtsrichter abzugeben ist, durch das Urtheil ersetzt wird. Allein mit der Bindung der Erklärung an einen bestimmten Ort hat diese Vorschrift nichts zu thun, da der Richter die Auflassung ausserhalb seines Geschäftslokals entgegennehmen kann[3]).

Im übrigen würde es hier wie bei der Formalität der Erklärung angesichts der allgemeinen Ausdrucksweise des Gesetzes der besonderen Gründe bedürfen, wenn nicht auch eine an bestimmtem Orte abzugebende Erklärung durch das Urtheil ersetzt werden sollte. Denn es steht völlig in der Macht des Rechtes, die Folgen auch einer solchen Erklärung durch das Urtheil eintreten zu lassen, und nichts weist darauf hin, dass das Recht diese Macht hier nicht brauchen wollte, um zu dem sonst verworfenen Zwang zur realen Erklärung zurückzukehren. Selbstverständlich ist anders zu entscheiden, wenn das Erscheinen des Erklärenden an einem bestimmten Orte oder ein über den Rahmen der Willenserklärung hinausgehendes Handeln daselbst als Gegenstand der Verurtheilung aufzufassen ist, wenn beispielsweise ein Erblasser von derartigen Bedingungen die Erbeseinsetzung abhängig gemacht hat, und der Universalfideikommissar den Erben auf Erfüllung dieser Bedingungen und auf Antretung verklagt; denn in gewissen Grenzen kann er den Erben auch zur Erfüllung der Bedingungen anhalten[4]).

---

[1]) A. L.-R. I, 5 § 124 ist dadurch beseitigt. Gegen Strückmann-Koch zu § 779 Anm. 1.

[2]) Förster-Eccius, preuss. Privatr. B. I § 56[5].

[3]) Turnau, Grundbuchordn. § 32 Anm. 5 S. 97.

[4]) Vgl. Windscheid Pandekten B. 3 § 664[8].

Soviel die Zeit der Erklärung angeht, so ist bestimmt, dass sie mit Eintritt der Rechtskraft des Urtheils als abgegeben gilt, und es ist nur zu prüfen, ob dies nach den für die Erklärung massgebenden Vorschriften rechtzeitig ist, und ob, falls nicht, dem Kläger wegen ihrer Verspätung Ansprüche zustehen.

Wir glauben als Ergebniss dieses Abschnittes verzeichnen zu dürfen: Der § 779 C.-Pr.-O. ist stets anwendbar, wenn der Beklagte zu einer dem Kläger gegenüber abzugebenden oder nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung von feststehendem Inhalt verurtheilt ist, ohne jede Rücksicht auf die Form der Erklärung. Er ist nicht anwendbar auf die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen nicht feststehenden Inhalts, oder gegen Dritte, sowie nicht auf Handlungen, welche nicht reine Willenserklärungen sind; zu diesen gehört namentlich die Ausstellung von Urkunden, welche als sächliche Grundlage rechtlicher Vorgänge unentbehrlich sind.

III.

Die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung.

Ist in dem Urtheil die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt gemäss § 779 Abs. 1 Satz 2 C.-Pr.-O. die Fiction der Erklärung erst dann ein, wenn nach den Bestimmungen der §§ 664. 666 C.-Pr.-O. eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist. Die Vorschrift ist aus den Verhandlungen der Justizkommission des Reichstages hervorgegangen. Der Paragraph enthielt in den Entwürfen über den angegebenen Fall keine Bestimmung, und v. Amsberg[1]) meinte, als die Frage in der Kommission angeregt wurde, es sei selbstverständlich, dass die Willenserklärung in Fällen dieser Art nicht eher als abgegeben gelte, als bis die Gegenleistung geleistet beziehungsweise offerirt sei. Die Kommission hielt aber gleichwohl für nöthig, eine besondere Vorschrift darüber in das Gesetz aufzunehmen, und aus verschiedenen

[1]) Protokolle der Justizkommission S. 418 (Hahn, Materialien S. 865).

Versuchen kam man zu der gegenwärtigen Fassung, welche man als im Einklang mit den allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung befindlich ansah [1]). Indessen besteht dieser Einklang nur unvollständig. Die §§ 664. 666 verordnen, dass die vollstreckbare Ausfertigung eines Urtheils, dessen Vollstreckung seinem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, nur auf Anordnung des Vorsitzenden und nur dann ertheilt werden darf, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird. Soviel Gegenleistungen angeht, bezieht sich diese Bestimmung nur auf Fälle, in denen dem Gläubiger die Vorleistung obliegt; denn nur dann hängt die Vollstreckung des Urtheils von dem Eintritt der Gegenleistung ab [2]). Ist die Verurtheilung dagegen auf eine Leistung Zug um Zug gerichtet, so wird die Vollstreckungsklausel in der regelmässigen Art ertheilt, und es muss nur spätestens bei dem Beginn der Zwangsvollstreckung die Gegenleistung angeboten werden. Die fragliche Bestimmung des § 779 dagegen gilt in jedem Falle, wo die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, bezieht sich also auch auf die Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug. Die Vorschriften der §§ 664. 666 haben für diesen Fall durch § 779 erweiterte Anwendbarkeit erhalten.

Es muss also stets, mag der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung nach einer Vorleistung, oder Zug um Zug gegen eine Gegenleistung des Klägers verurtheilt sein, der Kläger die eigene Leistung bewerkstelligen und auf Grund einer dies beweisenden öffentlichen Urkunde die vollstreckbare Ausfertigung des Urtheils erwirken. Steht ihm eine solche Urkunde nicht zu Gebote, so muss er gemäss § 667 C.-Pr.-O. auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel klagen. Dieser Paragraph ist zwar in § 779 nicht mit genannt; es kann aber nicht zweifelhaft sein, dass dennoch auch dieses Mittel dem Kläger offen steht. Denn es hätte keinen vernünftigen Zweck, ihm dasselbe abzuschneiden. Die Willenserklärung gilt als abgegeben, sobald die

---

[1]) Kurlbaum II, Protokolle S. 720 (Hahn S. 1156).

[2]) Das ist zwar bestrittene, aber herrschende und u. E. richtige Ansicht. Vgl. oben S. 79.

vollstreckbare Ausfertigung ertheilt, d. h. in dem Augenblicke, wo sie dem Kläger ausgehändigt ist. Ihre Zustellung, ebenso wie die Zustellung einer Abschrift der öffentlichen Urkunden, auf deren Grund sie ertheilt ist, ist hier nicht, wie im § 671 Abs. 2 C.-Pr.-O. für den Beginn der Zwangsvollstreckung, vorgeschrieben und kann ebenso wenig in analoger Anwendung jener Paragraphen gefordert werden, wie die Zustellung des Urtheils selbst[1]). Dagegen ist die reale Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung unerlässlich. Auch wenn auf die Ertheilung der Klausel geklagt ist, genügt nicht, wie Falkmann[2]) behauptet, die Rechtskraft des die Ertheilung der Klausel anordnenden Urtheils, so wenig wie sonst die Anordnung des Vorsitzenden, dass die Klausel zu ertheilen sei, sondern erst die Ertheilung der Klausel selbst schafft die Fiction der Willenserklärung.

Es lässt sich nicht verkennen, dass diese Gestaltung des Zwangsvollstreckungsrechtes den Kläger zu einer Vorleistung nöthigt, welche ihm weder nach materiellem Recht, noch auch nach dem Inhalt des Urtheils obliegt. Dies ist ihm zwar insofern unschädlich, als ihm der Vollstreckungsmodus mit unfehlbarer Gewissheit die urtheilsmässige Leistung verschafft[3]). Immerhin aber wird der Kläger, welcher ein Recht darauf hat, im Moment seiner Gegenleistung die Willenserklärung des Beklagten zu empfangen, mit dem Zeitverlust belastet, der durch die Erwirkung der vollstreckbaren Ausfertigung nach Beschaffung seiner Gegenleistung hervorgerufen wird. Dem hätte wenigstens dadurch begegnet werden können, dass die Fiction der Willenserklärung auf den Zeitpunkt der Beschaffung der Gegenleistung zurückdatirt worden wäre, ein Zeitpunkt, dessen Nachweis der Kläger, soweit er daran interessirt ist, sich zu sichern wohl in der Lage ist. Auch fungirt hier die vollstreckbare Ausfertigung zu einem von dem normalen abweichenden Zwecke. Im allgemeinen soll sie die künftigen Schritte der Zwangsvollstreckung ermöglichen; hier soll sie die Zwangsvollstreckung selbst sein, die Fiction der Willenserklärung herbeiführen.

---

[1]) Vgl. oben S. 54.

[2]) Zwangsvollstreckung S. 313.

[3]) Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 3.

Klarer und dem materiellen Rechte besser entsprechend wäre es jedenfalls gewesen, wenn man die Form einer Bescheinigung dahin gewählt hätte, dass die Willenserklärung des Beklagten als in dem Zeitpunkte der Bewirkung der Gegenleistung abgegeben gelte [1]). Es ist wenigstens sehr zweifelhaft, ob das Interesse an der äusseren Gleichförmigkeit der Prozedur gross genug war, um ohne Rücksicht auf die obwaltende innere Verschiedenheit hier einfach die Vollstreckungsklausel zu verwerthen.

Übrigens darf die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht schlechthin von dem Nachweise der erfolgten Gegenleistung abhängig gemacht werden [2]); auch der Beweis des bedingungslosen Angebotes derselben genügt vielmehr. Denn nur soviel ergiebt sich aus den Vorschriften der C.-Pr.-O., dass die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung derjenigen zur Abgabe der Willenserklärung gegen Vorleistung des Klägers gleichsteht. Es würde also der Nachweis allerdings nicht ausreichen, dass der Kläger die Leistung unter dem Verlangen des sofortigen Austausches gegen die Willenserklärung angeboten habe. Aber auch der zur Vorleistung Verpflichtete kann nach materiellem Recht seine Gegenforderung verfolgen, wenn er seine Vorleistung pure angeboten hat. Der Hinterlegung, die nicht einmal immer möglich ist, bedarf es dazu ebensowenig, wie des Verschuldens des Gegners bei Nichtannahme der Leistung [3]). Es ist undenkbar, dass die C.-Pr.-O. hierin etwas ändern wollte, weil sie damit dem Schuldner die Möglichkeit gewährte, der Zwangsvollstreckung beliebig auszubiegen. Die voll-

---

[1]) Aehnlich dem in dem sächsischen Entwurf von 1865 vorgesehenen Zeugniss; vgl. ob. S. 52 Anm. 2.

[2]) Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 3 sagen, mit Recht bemerke Eccius, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 23 S. 740, dass zur Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht blos das Anbieten, sondern in allen Fällen die Erfüllung der Gegenleistung gemäss § 664 C.-Pr.-O. nachgewiesen werden müsse, auch wenn diese Zug um Zug zu erfolgen hätte. In dieser Schärfe drückt sich Eccius a. a. O. S. 740 f. aber nicht aus, sondern scheint nur hervorheben zu wollen, dass die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung derjenigen zur Erklärung gegen Vorleistung gleichstehe.

[3]) Vgl. Windscheid, Pandekten B. 2 § 345 [11]. § 346 [4].

streckbare Ausfertigung ist also schon auf den Beweis des bedingungslosen Angebots der Gegenleistung hin zu ertheilen.

Wenn das Urtheil nebeneinander zur Abgabe einer Willenserklärung und zu anderen Leistungen verurtheilt, beides gegen eine Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung, so darf nicht mit dem Oberlandesgericht Jena [1]) angenommen werden, dass um dieser Verbindung willen die Vollstreckungsklausel in Bezug auf das ganze Urtheil ohne weiteres zu ertheilen ist, sondern sie muss zunächst zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wegen der sonstigen Leistungen ohne weiteres, in Ansehung der Willenserklärung dagegen nach beschaffter Gegenleistung gemäss den Vorschriften der §§ 664. 666. 667 C.-Pr.-O. ertheilt werden. Denn nichts steht im Wege, die Klausel wegen verschiedener capita sententiae getrennt zu ertheilen.

Höchst eigenthümliche Bestimmungen über die Verurtheilung zu Willenserklärungen gegen vorherige oder Zug um Zug zu bewirkende Gegenleistung ergeben sich aus dem Entwurf des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches nebst dem Entwurf des Einführungsgesetzes dazu. Wir müssen zu deren Betrachtung etwas weiter ausholen. Der Entwurf des B. G.-B. will das Recht des Kontrahenten eines gegenseitigen Schuldverhältnisses, auf Grund des Angebotes seiner Leistung unbeschränkt auf die dem Gegner obliegende Leistung zu klagen, beseitigen. Er kennt nur (§ 365) Klage auf Verurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug, und falls der Kläger vorzuleisten hat, auf Verurtheilung des anderen Theils zu der diesem obliegenden Leistung nach Empfangnahme der ihm gebührenden Leistung. Die erste Klage ist begründet, auch ohne dass der Gegner vorher in Annahmeverzug gesetzt ist, die zweite hat dies zur Voraussetzung. Zum Annahmeverzug ist aber nur Leistungsangebot, kein Verschulden erforderlich (§ 256). Die Motive [2]) erklären es für bedenklich, schon an die mora accipiendi die — angeblich — das Wesen des Rechts aus dem gegenseitigen Vertrage ändernde Wirkung zu knüpfen, dass der andere Theil die ihm geschuldete Leistung unter Absehen von der ihm obliegenden Leistung verlangen dürfte. Dies müsste, meinen sie, zu grossen Härten namentlich dann führen, wenn die mora

[1]) Beschl. v. 25. IV. 81, Seuffert's Archiv B. 37 S. 380 f.

[2]) B. 2 S. 201.

accipiendi unverschuldet ist. Auch von der Zulässigkeit der purgatio morae wäre keine genügende Abhülfe zu erwarten, weil, auch die Statthaftigkeit der purgatio morae in der Exekutionsinstanz nach Verurtheilung zu unbeschränkter Leistung vorausgesetzt, die Zwangsvollstreckung doch so lange ihren Lauf behielte, bis der Verurtheilte im Klagewege bezw. durch einstweilige Verfügung nach Massgabe des § 688 C.-Pr.-O. Remedur erlangt hätte. Dabei wird aber anerkannt, dass nach der Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug, sowie zur Leistung nach Empfangnahme der Vorleistung in der Exekutionsinstanz eine Modifikation zu Gunsten des Klägers nöthig sei. Es kann nämlich nach § 365 Abs. 2 der Kläger auf Grund einer Verurtheilung beider Arten die ihm gebührende Leistung ohne vorherige oder gleichzeitige Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung fordern, wenn und solange der Beklagte sich im Verzuge der Annahme befindet. Es wird sich zeigen, dass hier die vertriebene Natur zurückkehrt. Denn diese Vorschrift führt genau zu dem von den Motiven perhorrescirten Ergebniss, dass die Zwangsvollstreckung auf Grund des Annahmeverzuges ihren Lauf behält, bis der Verurtheilte im Klagewege bezw. nach Massgabe des § 688 C.-Pr.-O. Remedur erlangt.

Nach Art. 11 des Entw. d. E.-G. soll § 664 C.-Pr.-O. folgende Fassung erhalten:

„Von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer andern Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur ertheilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird.

Ist die Vollstreckung von einer Zug um Zug oder vorher zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängig, so kann der Gläubiger, auch ohne den Beweis, dass der Schuldner in Ansehung der ihm gebührenden Leistung befriedigt ist, oder sich im Verzuge der Annahme befindet, die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung verlangen, es sei denn, dass die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht."

Also abgesehen von dem Falle der Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung kann die vollstreckbare Ausfertigung eines zur Leistung Zug um Zug oder zur Leistung gegen Vorleistung verurtheilenden Urtheils gerade so ertheilt werden, wie wenn die Verurtheilung unbeschränkt erfolgt wäre. Nur würde, wenn der § 666 C.-Pr.-O., über welchen der Entwurf d. E.-G. schweigt, wirklich unverändert bleibt, sich ergeben, dass auch in diesen Fällen die Vollstreckungsklausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden ertheilt werden dürfte, wiewohl der Vorsitzende gar nichts weiter zu prüfen hätte, als ob nicht etwa die Verurtheilung als eine solche auf Abgabe einer Willenserklärung aufzufassen wäre. Ob dies Absicht oder Uebersehen ist, bleibe dahingestellt. Es heisst aber nur, dass der Gläubiger den neuen Abs. 2 anrufen kann; er kann also auch die vollstreckbare Ausfertigung auf Grund des durch öffentliche Urkunden zu führenden Beweises verlangen, dass der Schuldner in Ansehung der ihm gebührenden Leistung befriedigt ist oder sich im Verzuge der Annahme befindet. Ist die vollstreckbare Ausfertigung eines zur Leistung Zug um Zug verurtheilenden Urtheils auf Grund dieses Beweises ertheilt, so erzielt der Gläubiger nach dem in demselben Artikel des Entw. d. E.-G. vorgeschlagenen § 676 a C.-Pr.-O. den Vortheil, dass der Gerichtsvollzieher bei Beginn der Zwangsvollstreckung dem Schuldner die Gegenleistung nicht anzubieten braucht, während dies nöthig ist, wenn die vollstreckbare Ausfertigung ohne jenen Beweis ertheilt ist, und nach dem neuen § 684 Abs. 4 C.-Pr.-O. den weiteren Vortheil, dass er bei dem Vollstreckungsgericht Vollstreckungsmassregeln beantragen kann. Denn solche werden überhaupt nur auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung dieser Art zugelassen. Die Motive [1]) sagen, das Vollstreckungsgericht sei nicht in der Lage, dem Schuldner die ihm gebührende Leistung anzubieten, daher könne die nach § 664 Abs. 2 C.-Pr.-O, erteilte vollstreckbare Ausfertigung als Grundlage für gerichtliche Vollstreckungsmassregeln nicht ausreichen. Warum aber nicht der Gläubiger anbieten und den Beweis darüber dem Vollstreckungsgerichte führen könnte, darüber schweigen sie. Es ergiebt sich danach, dass der Gläubiger mit der ohne jenen Beweis ertheilten vollstreckbaren Ausfertigung nur eine halbe Zwangsvollstreckung er-

[1]) S. 95.

zielt, also, wenn er etwa auf Pfändung von Forderungen u. s. w. reflectirt, unbedingt auf die Geltendmachung des neuen Abs. 2 zu § 664 verzichten muss, und da er dies nicht vorhersehen kann, vorsichtiger Weise regelmässig verzichten wird. Im allgemeinen droht daher die neue Ordnung einfach den Rückschritt herbeizuführen, dass bei Verurtheilung zur Leistung Zug um Zug eine allseitig brauchbare vollstreckbare Ausfertigung, die bis jetzt ohne weiteres zu haben war, nur noch unter den erschwerenden Voraussetzungen des § 664 Abs. 1 zu erlangen sein wird.

Auch von dem Urtheil, welches zur Leistung nach Empfang der Vorleistung verurtheilt, kennt der neue § 664 Abs. 2 C.-Pr.-O. eine vollstreckbare Ausfertigung sowohl ohne den Beweis, dass der Schuldner in Ansehung der ihm gebührenden Leistung befriedigt ist oder sich im Verzuge der Annahme befindet, wie eine solche auf Grund dieses Beweises. Dass Annahmeverzug vorliegt, muss zwar gemäss § 365 Abs. 1 Entw. d. B. G.-B. feststehen, damit eine solche Verurtheilung überhaupt ergehen könne.

Die Motive zum Entw. des E.-G. [1]) merken aber gleichwohl an, dass in diesem Falle den allgemeinen Grundsätzen zufolge der Kläger diesen, als noch erforderlich damit angenommenen, Beweis durch die Vorlegung des Urtheils führen könne.

Es wird jedenfalls ein merkwürdiger prozessualer Vorgang sein, wenn dem Vorsitzenden des Gerichts, welches das Urtheil erlassen hat, zum Zwecke der Erlangung einer vollstreckbaren Ausfertigung desselben durch die Vorlegung des Urtheils der Beweis einer Thatsache geführt wird, welche das Urtheil selbst als bewiesen angenommen hat. Und fast noch merkwürdiger würde die „ohne den Beweis“ des Annahmeverzuges ertheilte vollstreckbare Ausfertigung eines solchen Urtheils sein, deren Minderwirksamkeit sich in den vorgeschlagenen §§ 676a und 684 Abs. 4 C.-Pr.-O. zeigen müsste.

Es ist nun aber im vollsten Gegensatz zu der in dem neuen § 664 Abs. 2 C.-Pr.-O. und den Motiven dazu vertretenen Anschauung von der Verurtheilung zur Leistung gegen Vorleistung weder in § 676a noch § 684 Abs. 4 C.-Pr.-O. die Rede, und dies wird damit motivirt, dass hierbei ja nach § 365 Abs. 1 Entw. d. B. G.-B. der

[1]) S. 93 f.

Annahmeverzug bereits Voraussetzung der Verurtheilung sei, der Gerichtsvollzieher also nicht nochmals anzubieten habe, und dass das fragliche Urtheil in § 684 Abs. 4 überhaupt nicht der Berücksichtigung bedürfe. Es ist erfreulich, dass man bei diesen Bestimmungen, welche die praktischen Wirkungen der vollstreckbaren Ausfertigung ordnen, die Unhaltbarkeit jener Anschauung eingesehen hat. Aber billiger Weise hätte man daraus auch für § 664 Abs. 2 die gebührenden Folgerungen ziehen sollen. Das gemäss § 365 Abs. 1 des Entw. d. B. G.-B. ergehende Urtheil, welches zur Leistung gegen Vorleistung verurtheilt, stellt den Annahmeverzug des Beklagten als Voraussetzung des klägerischen Anspruchs unbestreitbar fest. Es schafft nicht Rechtskraft über den Annahmeverzug, insofern davon noch etwas anderes abhängen möchte, als der eingeklagte Anspruch, aber gegenüber diesem Anspruch und seiner Vollstreckung kann der Beklagte den Annahmeverzug nicht mehr bestreiten. Folglich kann gemäss § 365 Abs. 2 der Kläger im Wege der Zwangsvollstreckung die Leistung des Beklagten fordern, ohne die eigene Leistung bewirken zu müssen. Das Urtheil ist angesichts dieser Bestimmung überhaupt kein solches, dessen Vollstreckung von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer Thatsache abhinge, und folgerichtig hätte der Entw. d. E.-G. dieses Urtheil von den Bestimmungen des § 664 C.-Pr.-O. ausschliessen und vollstreckbare Ausfertigung desselben wie bei unbeschränkter Verurtheilung gewähren müssen.

Allerdings dauert diese unbeschränkte Vollstreckbarkeit des Urtheils gemäss § 365 Abs. 2 nur, solange der Annahmeverzug besteht; der Beklagte kann möglicher Weise aufhören, im Annahmeverzuge zu sein, und dann kann der Kläger Leistung nur noch nach Befriedigung des Beklagten oder wiederholter Begründung des Annahmeverzuges, d. h. wiederholtem Leistungsangebot verlangen. Das Aufhören des Annahmeverzuges nach der letzten mündlichen Verhandlung begründet eine Einwendung gegen den durch das Urtheil festgestellten Anspruch, welche nach § 686 C.-Pr.-O. im Klagewege geltend zu machen ist, wie von den Motiven zu § 676 a C.-Pr.-O.[1]) ausdrücklich anerkannt wird. Die Sache stellt sich also, wie vorausgesagt, nach den Bestimmungen der Entwürfe zunächst für das Urtheil, welches zur Leistung nach

[1]) S. 95.

Empfangnahme der Vorleistung verurtheilt, vollkommen so, wie die Motive zum Entwurfe des B. G.-B. es meinten ausschliessen zu sollen: die Zwangsvollstreckung läuft fort, bis der Verurtheilte im Klagewege oder gemäss § 688 C.-Pr.-O. Abhülfe erlangt.

Das Urtheil, welches zur Leistung Zug um Zug verurtheilt, kann nun zwar nach § 365 Entw. d. B. G.-B. ergehen, ohne dass der Beklagte im Annahmeverzuge sich befindet, aber es wird doch der Kläger, wenn dies der Fall ist, eine entsprechende Feststellung im Urtheil begehren können. Denn es kann nicht füglich die Meinung sein, dass diese Frage nothwendig erst nach dem Urtheil im Verfahren über Ertheilung der Vollstreckungsklausel erörtert werden müsste, wodurch dem Kläger ganz unnütze Weiterungen und Mehrkosten [1]) verursacht werden würden. Hat nun das Urtheil den Beklagten unter Feststellung seines Annahmeverzuges zur Leistung Zug um Zug verurtheilt, so müssen für die Vollstreckung eines solchen Urtheils in Ausführung des § 365 Abs. 2 Entw. d. B. G.-B. genau dieselben Erwägungen massgebend sein, wie für das Urtheil, welches zur Leistung nach Empfang einer Vorleistung verurtheilt. Es hätte also von den neuen § 676a und § 684 Abs. 4 C.-Pr.-O. dieses Urtheil ebenso ausgeschlossen werden sollen, wie jenes davon ausgeschlossen ist, und es hätte ebenso wie jenes auch von dem neuen § 664 Abs. 2 C.-Pr.-O. ausgeschlossen werden müssen. Nach den materiellen Bestimmungen des § 365 Entw. d. B.G.-B. hätte nur dasjenige Urtheil, welches, ohne zugleich den Annahmeverzug festzustellen, den Beklagten zur Leistung Zug um Zug verurtheilt, den §§ 664 Abs. 2. 676a. 684 Abs. 4 C.-Pr.-O. unterworfen werden können.

Soviel nun das Urtheil angeht, welches zur Abgabe einer Willenserklärung und zwar zunächst gegen Vorleistung des Klägers verurtheilt, so ergiebt sich aus dem Gesagten eine sehr einfache Konsequenz. Die Motive zum Entw. d. E.-G. [2]) sagen, es sei gerade in diesem Falle für den Kläger von besonderer Bedeutung, dass er den Beweis des Annahmeverzuges des Beklagten durch die Vorlegung des Urtheils führen könne, um so, (da ihm der neue Abs. 2 des § 664 C.-Pr.-O. in diesem Falle verschlossen ist), zu einer vollstreckbaren

[1]) Gerichtskostenges. § 38 Nr. 2. § 26 Nr. 8.
[2]) S. 94.

Ausfertigung des Urtheils gemäss § 664 Abs. 1 gelangen zu können. In Wahrheit aber ergiebt es sich vom Standpunkte des § 365 des Entw. d. B. G.-B. als durchaus ungerechtfertigt, in diesem Falle die Fiction der Willenserklärung an die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu binden. Der Kläger erstreitet auf Grund des erwiesenen Annahmeverzuges des Beklagten dessen Verurtheilung zur Willenserklärung. Der Entwurf sagt, dass er bei vorliegendem Annahmeverzug im Wege der Zwangsvollstreckung die Willenserklärung ohne Bewirkung der eigenen Leistung verlangen kann. Die Rolle der Zwangsvollstreckung übernimmt aber hier das Urtheil selbst, und die richtige Folgerung daraus würde die sein, dass das Urtheil den Beklagten unbeschränkt zur Abgabe der Willenserklärung verurtheilt, und dass wie sonst die Fiction der Willenserklärung mit der Rechtskraft des Urtheils eintritt, ohne dass es der vollstreckbaren Ausfertigung bedarf. Wie es eine ganz perverse Vorstellung ist, dass Dinge, welche das Urtheil festgestellt hat, dem Vorsitzenden des Prozessgerichts erst noch durch Vorlage des Urtheils bewiesen werden müssen, so liegt praktisch nicht der mindeste Grund vor, dem Schuldner durch solche Weitläufigkeiten eine weitere Frist zu gewähren.

Ebenso wie bei der Verurtheilung zur Abgabe der Willenserklärung gegen Vorleistung müsste es gehalten werden, wenn der Kläger ein Recht auf Abgabe der Willenserklärung Zug um Zug hat und den Annahmeverzug des Beklagten nachweist; auch dann müsste er nach den Grundsätzen des § 365 Entw. d. B. G.-B. unbeschränkte Verurtheilung des Beklagten, sofortige fictive Verwirklichung seines Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung durch das Urtheil selbst verlangen können.

Nur in dem Falle, wenn der Kläger ohne den Nachweis des Annahmeverzuges des Beklagten auf Abgabe der Willenserklärung Zug um Zug gegen Gegenleistung klagt, bedarf es nach dem Prinzip des § 365, damit der Kläger im Wege der Zwangsvollstreckung die Verwirklichung der Willenserklärung erwirken könnte, des nachträglich zu führenden Beweises der Beschaffung der Gegenleistung oder des Annahmeverzuges des Beklagten, und nur die Unterstellung dieses Falles unter § 664 C.-Pr.-O. würde sich rechtfertigen.

IV.

Die vorläufig vollstreckbare Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung.

Nach der herrschenden Auffassung kann das Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, zwar für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, aber nicht mit der Wirkung, dass die Erklärung nunmehr als abgegeben gelte, auch nicht so, dass jetzt Zwangsmassregeln zur realen Erwirkung der Erklärung zulässig wären, vielmehr mit dem einzigen Erfolge, dass gemäss § 658 C.-Pr.-O. in den dazu geeigneten Fällen eine sichernde Eintragung (Vormerkung) im Grundbuche eingetragen werden kann.[1]) Das Reichsgericht lässt es in einem Urtheil [2]) dahin gestellt, ob vorläufige Zwangsvollstreckung zur Erzwingung der Abgabe der Willenserklärung stattfinde, in einem anderen [3]) spricht es aus, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils, welches zu einer Willenserklärung verurtheilt, in den gesetzlichen Fällen anzuordnen sei, obwohl dieses Urtheil Vollstreckungshandlungen nicht zur Folge habe. Welche Bedeutung aber die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils hat, darüber äussert sich der Gerichtshof nicht, hatte auch keine Veranlassung dazu.

Die gesetzgeberischen Vorakten ergeben ein keineswegs sicheres Resultat. Allerdings war sich die Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes einer C.-Pr.-O. für den norddeutschen Bund klar darüber, dass die Fiction der Willenserklärung auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urtheils nicht eintreten sollte. Man hatte in § 1020 des Redaktionsentwurfes (§ 1059 des definitiven Entwurfes) den Grundsatz der Fiction der Willenserklärung mit Eintritt der Rechtskraft des Urtheils ausgesprochen. Im Protokoll der Schlusssitzungen heisst

[1]) Struckmann-Koch zu § 779 Anm. 1; Wilmowski-Levy zu § 648 Anm. 1, zu § 649 Anm. 2, zu § 779 Anm. 2; Gaupp zu § 779 Anm. I, 3; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 312; vgl. auch Levy, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 35 S. 41.

[2]) I. Senat, Urtheil v. 11. I. 1890, Entsch. B. 25 S. 379.

[3]) VI. Senat, Urtheil v. 28. VI. 1886, Entsch. B. 16 S. 421.

es:[1] „Zu § 1020 Abs. 1 war man sachlich einig, dass § 818 Abs. 2 hier keine Anwendung finde. Man nahm jedoch an, dass es in dieser Beziehung einer ausdrücklichen Vorschrift nicht bedürfe.“ § 818 Abs. 2 (§ 844 Abs. 2 des definitiven Entwurfes) war aber die Bestimmung, dass die Zwangsvollstreckung durch die Nichtigkeitsbeschwerde nicht gehemmt wird, ein diesem Rechtsmittel unterliegendes Urtheil also von selbst vorläufig vollstreckbar ist. Wenn hier trotzdem die Fiction der Willenserklärung nicht eintreten sollte, so musste sich bei dem für vorläufig vollstreckbar erklärten[2] Urtheil natürlich dasselbe ergeben. Indessen bei dem mannigfachen Wandel, welchen das Gesetzgebungswerk später noch erfahren hat, ist es unzulässig, diese Auffassung der norddeutschen Kommission ohne weiteres für entscheidend zu halten.

Die Motive zum deutschen Entwurf letzter Hand[3] sagen im Wesentlichen in Übereinstimmung mit denjenigen zum ersten und zweiten deutschen Entwurf[4]: „Es werden endlich durch § 725 (jetzt 779) Abs. 1 der Zwangsvollstreckung noch die Fälle gänzlich entzogen, in denen der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt ist, da an Stelle der Erklärung das rechtskräftige Urtheil gilt (folgt Berufung auf preussisches Grundbuchrecht). Der Zwang zur Erklärung würde den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Noth belästigen.“ Wenn man aber geglaubt hat, mit diesen Sätzen die ganze Vollstreckung zur Erwirkung von Willenserklärungen erledigen zu können, so ist es wohl nicht zuviel gesagt, dass man augenscheinlich dabei das vorläufig vollstreckbare Urtheil ebenso wie die sonstigen vollstreckbaren Titel vergessen hat. Denn es ist doch zum mindesten nicht selbstverständlich und keiner Begründung bedürftig, dass das Urtheil, welches auf Abgabe einer Willenserklärung lautet, der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht bedürfe, und alles mit der fictiven Vollstreckung des rechtskräftigen Urtheils in Ordnung komme. Und ebensowenig selbstverständlich, dass der Zwangsvollstreckung aus anderen Vollstreckungstiteln die Abgabe

[1]) S. 2876.
[2]) Vgl. §§ 883 ff. des definitiven norddeutschen Entwurfes.
[3]) § 725; Motive S. 443 (Hahn, Materialien S. 466).
[4]) I § 699, Motive S. 480. II § 712, Motive S. 574 f.

der Willenserklärung „gänzlich entzogen“ wird, ohne dass doch eine Fiction analog derjenigen auf Grund des Urtheils die Willenserklärung ersetzte.

In der Kommission des Reichstages ist über die Frage nicht verhandelt. Indem man aber dort dem Abs. 1 des § 779 den Satz 2 in der Fassung hinzufügte, dass im Falle dieses Satzes die im Satz 1 bezeichnete Wirkung erst dann eintrete, wenn nach den Bestimmungen der §§ 614. 615 (664. 666) eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urtheils ertheilt ist, schien man zu bestätigen, dass die Fiction der Willenserklärung nur bei Rechtskraft des Urtheils eintreten könne.

Bei der Verhandlung über den auf Antrag Bähr's eingefügten § 658 C.-Pr.-O.[1]) ist man aber von der gerade entgegengesetzten Auffassung ausgegangen. Es war durchaus nicht die Absicht, von der Voraussetzung aus, dass nach den sonstigen Bestimmungen der C.-Pr.-O. die vorläufige Vollstreckbarkeit von Urtheilen, welche auf Abgabe von Willenserklärungen lauten, ausgeschlossen oder doch bedeutungslos sei, für die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen zum Grundbuche eine vorläufige Vollstreckbarkeit zu schaffen, sondern vielmehr umgekehrt, die vorläufige Vollstreckbarkeit derartiger Urtheile von dem Gedanken aus, dass sie nach den allgemeinen Vorschriften eine weitergehende sein würde, zu beschränken. Der § 658 C.-Pr.-O. bestimmt:

> „Ist auf Bewirkung einer Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuche erkannt, so darf das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil nur in der Weise vollzogen werden, dass die Eintragung in der zur Sicherstellung eines Anspruchs auf Eintragung vorgeschriebenen Form (Vormerkung.... u. s. w.) erfolgt.“

Die Befürchtung Bährs ging dahin, dass schon auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils, welches den Kläger berechtige, im Grundbuche einen Eintrag zu fordern, dieser Eintrag herbeigeführt und hierdurch wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuches ein irreparabler Schaden herbeigeführt werden könnte. Wenn z. B. ein Grundstück vindicirt werde, so werde nach dem Rechte der deutschen Grundbuchsysteme das Urtheil durch Um-

[1]) Protokolle S. 328 f. 412 f. (Hahn S. 790 ff. 860).

schreibung des Eigenthums im Grund- oder Hypothekenbuche vollzogen. Auf Grund dieser Umschreibung könne der eingetragene Eigenthümer das Eigenthum weiter übertragen und zwar mit der Wirkung, dass der Beklagte, wenn auch jenes Urtheil abgeändert worden, den dritten Besitzer, von dem Falle der nachgewiesenen mala fides abgesehen, mit der Vindication nicht belangen könne. Diesem Übelstande müsse abgeholfen werden, weil Grundstücke für den Einzelnen oft einen ganz speziellen und nicht mit Geld zu ersetzenden Werth haben. Wenn hier Vindication nicht etwa als Ausdruck für die Klage auf Übertragung des Eigenthums steht, so bezieht sich selbstverständlich das Gesagte nur auf die Vindication des wahren Eigenthümers gegen den buchmässigen Scheineigenthümer. Auch dies ist eine Klage auf Willenserklärung, nämlich auf die Einwilligung des Beklagten in die Eintragung des klägerischen Eigenthums.[1]) Man muss also von der Vorstellung beherrscht gewesen sein, dass nach den allgemeinen Vorschriften der C.-Pr.-O. über Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen und deren vorläufige Vollstreckbarkeit schon auf Grund vorläufig vollstreckbarer Verurtheilung auch die Willenserklärungen zum Grundbuche wie andere als abgegeben gelten würden[2]), und dies bei der Besonderheit des Falles im Gebiete des Grundbuchwesens zu verhüten, war der Zweck des § 658. Hätte man geglaubt, dass schon nach den sonstigen Vorschriften nur das rechtskräftige Urtheil die Willenserklärung ersetzen sollte, so hätte man auf das Amendement Bähr entweder gar nicht kommen können, oder es in genau umgekehrter Tendenz, als geschehen ist, begründen müssen. Die Auffassung also, welcher § 658 C.-Pr.-O. seine Entstehung verdankt, kann es nur bestätigen, dass man bei der Fassung des § 779 C.-Pr.-O. dem Fall der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urtheils nicht die erforderliche Aufmerksamkeit geschenkt, nicht aber aus wohlerwogenen

---

[1]) Dernburg u. Hinrichs, preuss. Hypothekenrecht Abt. 1 S. 258 f., Förster-Eccius, preuss. Privatr. B. 3 § 178 S. 263 f. So auch § 843 Entw. des B. G.-B. und Bähr, Gegenentwurf § 953.

[2]) Wie dies nach § 3 Ges. über das Grundbuchwesen im Jadegebiet vom 23. März 1873 und nach § 3 Ges. über das Grundbuchwesen in der Provinz Hannover v. 28. Mai 1873 in der That der Fall war. Aufgehoben in Konsequenz des § 658 C.-Pr.-O. durch § 13 A.-G. z. C.-Pr.-O. v. 24. März 1879.

Gründen die Fiction der Willenserklärung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils abgelehnt hat.

Wenn es richtig sein sollte, dass das zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilende Urtheil nur mit jener einzigen Wirkung nach § 658 C.-Pr.-O. für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, so wäre die schnelle, leichte, sichere Art der Vollstreckung eines solchen Urtheils bei Eintritt seiner Rechtskraft mit einem überaus schweren Opfer erkauft, weil dann in allen nicht eine Eintragung im Grundbuche betreffenden Fällen das Urtheil auf Abgabe einer Willenserklärung der Segnungen der vorläufigen Vollstreckbarkeit gänzlich entbehrte, und für die hiermit — in ganz ungerechtfertigter Zurücksetzung gerade des Anspruchs auf Willenserklärung gegenüber allen andern — verbundene Verzögerung die schleunige Exekution durch die Rechtskraft des Urtheils den Gläubiger gewiss nicht immer entschädigt. Der für den Beklagten mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit verbundene Nachtheil ist hier, ausserhalb der besonderen Verhältnisse des Grundbuchrechtes, denen mit Recht eine Ausnahmestellung eingeräumt ist, nicht grösser und um nichts weniger gerechtfertigt, als in andern Fällen; auch schützt gegen unersetzlichen Nachtheil hier wie sonst die Vorschrift, dass, wenn ein solcher droht, die vorläufige Vollstreckbarkeit zu versagen ist (§ 651 C.-Pr.-O.) Wenn es zulässig ist, dass der Gerichtsvollzieher durch Wegnahme der Sache auf Grund vorläufig vollstreckbaren Urtheils das Eigenthum des Beklagten auf den Kläger überträgt, wenn es zulässig ist, dass auf Grund eines solchen Urtheils der Beklagte durch Geldstrafen und Haft gezwungen wird, einen Wechsel zu unterschreiben, so sieht man nicht ein, warum nicht auch die Wirkungen einer reinen Willenserklärung in Kraft des vorläufig vollstreckbaren Urtheils gegen den Beklagten eintreten sollten.

Betrachtet man das Urtheil, welches den Beklagten zu einer Willenserklärung verurtheilt, also die Rechtsfolgen setzt, welche sonst die Erklärung hervorrufen würde, im Zusammenhange der übrigen Urtheile, in welchen der Richter Rechtsfolgen schafft, so ist wiederum nicht zu begreifen, warum jenes nicht so gut wie diese die fraglichen Rechtsfolgen schon auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit hervorrufen sollte. Dass diese Urtheile unter den regelmässigen Bedingungen für vorläufig vollstreckbar zu erklären

sind,[1]) unterliegt keinem Zweifel, wird auch durch § 649 Nr. 2 C.-Pr.-O. bestätigt. Danach sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären Urtheile, welche die im § 108 Gew.-O. bezeichneten Streitigkeiten betreffen, sofern diese während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen. Dazu gehört nach dem bei Erlass der C.-Pr.-O. insoweit noch unveränderten Urtext der Gew.-O. die Klage auf Aufhebung eines Lehrverhältnisses gemäss §§ 121—123; denn der Streit, ob das Verhältniss aufzuheben sei, entsteht selbstverständlich während seiner Dauer. Das Urtheil, welches gemäss jener Bestimmungen der Gew.-O. das Lehrverhältniss aufhob,[2]) musste also auf Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden und löste das Rechtsverhältniss schon kraft vorläufiger Vollstreckbarkeit.[3]) Ebenso müssen auch sonst die Rechtsfolgen, welche ein Urtheil der in Rede stehenden Art setzen will, auf Grund seiner vorläufigen Vollstreckbarkeit eintreten, z. B. bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, bei dem Urtheil auf Ausschliessung eines Gesellschafters, auf Aufhebung des Dienstverhältnisses eines Handelsgehülfen, bei dem Urtheil, durch welches im Aufgebotsverfahren das Ausschlussurtheil aufgehoben wird.[4]) Es kann also auch nichts gegen sich haben, dass die Rechtsfolgen, welche das Urtheil in Gestalt der Fiction einer Willenserklärung setzt, ebenfalls schon durch die vorläufige Vollstreckbarkeit ins Leben gerufen werden.

Es ist auch erweislich der C.-Pr.-O. nicht fremd, die Fiction der Willenserklärung auf nur vorläufige Entscheidungen zu gründen.

---

[1]) Soweit nicht Ausnahmen auf Grund besonderer Vorschriften bestehen, wie nach § 644 C.-Pr.-O. für Ehesachen, welche mit Ausnahme der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens hierher gehören.

[2]) Dafür, dass im Sinne der §§ 121—123 Gew.-O. die Aufhebung durch den Richterspruch erfolgte, also das Urtheil zu den hier interessirenden Rechtsfolgen schaffenden gehörte, vgl. namentlich § 123 Abs. 2: „Auf Antrag des einen oder des anderen Theiles ist der Lehrvertrag auch dann aufzuheben u. s. w.“ d. h. die Aufhebung erfolgt durch den Spruch der im § 108 bezeichneten Behörde und im Falle der Berufung auf den Rechtsweg durch das Urtheil.

[3]) Die späteren Abänderungen und die heutige Gestaltung der Sache sind hier nicht zu verfolgen, da natürlich für die Auslegung der C.-Pr.-O. nur der Rechtszustand verwerthbar ist, welcher bei ihrer Abfassung vorlag.

[4]) Vgl. ob. S. 56 f.

Die Fiction tritt, wie im vorigen Abschnitte gezeigt, wenn die Verurtheilung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, mit der Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des rechtkräftigen Urtheils ein. Diese wird ertheilt auf Anordnung des Vorsitzenden, der die Gegenleistung (oder deren bedingungsloses Angebot) als durch die vorgelegten öffentlichen Urkunden erwiesen ansieht. Diese Entscheidung des Vorsitzenden und die daraufhin ertheilte Vollstreckungsklausel wirkt keineswegs definitiv. Der Verurtheilte kann durch Einwendung gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel die Entscheidung des Gerichts anrufen (§§ 668. 687 C.-Pr.-O.), gegen die letztere sofortige Beschwerde einlegen (§§ 668. 701 C.-Pr.-O.), auch die Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel mit Klage geltend machen (§ 687 C.-Pr.-O.) und auf einem dieser Wege die mit Ertheilung der Klausel eingetretene Fiction wieder beseitigen. Will man einen Fall sehen, wo die Fiction geradezu auf vorläufig vollstreckbarem Urtheil beruht, so braucht man nur anzunehmen, dass der Kläger aus § 667 C.-Pr.-O. auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Klage erhebt. Niemand kann leugnen, dass das Urtheil, welches daraufhin die Ertheilung der Klausel anordnet, unter den gewöhnlichen Bedingungen für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, und dass, sobald demgemäss die Klausel ertheilt ist, die Fiction der Willenserklärung eintritt. Denn wenn sie eintritt, sobald auf Grund der Anordnung des Vorsitzenden die Klausel in einer auf zwei verschiedenen Wegen anfechtbaren Art ertheilt ist, so besteht nicht der geringste Grund, der auf vorläufig vollstreckbarem Urtheil beruhenden Klausel die ihr im § 779 C.-Pr.-O. beigelegte Wirkung zu bestreiten.

Damit ist bewiesen, dass die Fiction der Willenserklärung in mehrfacher Art auf vorläufiger Entscheidung, insbesondere auch auf vorläufig vollstreckbarem Urtheil darüber beruhen kann, ob die erforderliche Gegenleistung beschafft ist. Nun stelle man sich vor, dass der Kläger von vornherein mit der Behauptung, die Gegenleistung beschafft zu haben, auf unbeschränkte Verurtheilung zur Abgabe der Willenserklärung klagt, und dass nur über die Frage der Gegenleistung gestritten wird. Warum sollte das vorläufig vollstreckbare Urtheil, welches die Gegenleistung als beschafft annimmt und dementsprechend zur Abgabe der Willensklärung verurtheilt, die

Fiction der Willenserklärung nicht ebenso herbeiführen können? Und warum sollte nicht das gleiche der Fall sein können, wenn der Beklagte seine Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung aus anderen Gründen bestritten hatte? Ist die Beschaffung der Gegenleistung minder wichtige Voraussetzung des klägerischen Begehrens als andere?

Dazu kommt nun, dass die Verfasser der C.-Pr.-O. ihre erklärte Absicht, die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung aller und jeder Zwangsvollstreckung ausser derjenigen gemäss § 779 C.-Pr.-O. zu entziehen, vollkommen erreicht haben. Nach dem System des dritten Abschnitts im achten Buche der C.-Pr.-O. stehen die dort genannten, je nach dem Inhalte des Urtheils, nach der zu erwirkenden Leistung verschiedenen Wege der Zwangsvollstreckung völlig selbstständig nebeneinander. Die Herausgabe von Sachen ist im Sinne dieses Abschnittes nicht Handlung und nicht Willenserklärung, die Handlung keine Willenserklärung, diese keine Handlung. Die ausdrückliche Vorschrift des § 773 C.-Pr.-O., dass die Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung wegen vertretbarer Handlungen keine Anwendung finden auf die Verpflichtung zur Herausgabe von Sachen, ist blosse Vorsicht und rechtfertigte nicht den Versuch, auf die Herausgabe von Sachen die Zwangsvollstreckung wegen unvertretbarer Handlungen anzuwenden, von der sie im § 774 C.-Pr.-O. nicht ausdrücklich ausgenommen ist. Die Bestimmung, dass die Verurtheilung zur Eheschliessung weder den Vorschriften des § 774 noch denen des § 779 untersteht, ist ebenfalls nur Vorsicht[1]) und kann nicht zu dem Schlusse berechtigen, dass man Willenserklärungen im übrigen als Handlungen den Vollstreckungsvorschriften des § 774 unterwerfen dürfte. Ein Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, kann vielmehr niemals nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen vollzogen werden, und so fällt die Möglichkeit fort, diese Art der Zwangsvollstreckung aus dem vorläufig vollstreckbaren Urtheil zu betreiben.

Ja noch mehr! Durch die Stellung des § 778 C.-Pr.-O. vor § 779 haben die Verfasser der C.-Pr.-O., wie bereits früher bemerkt

[1]) Vgl. ob. S. 89 Anm. 1.

ist [1]), zu erkennen gegeben, dass sie bei der Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung die Interesseklage wegen Ausbleibens der Willenserklärung für gar nicht in Frage kommend gehalten haben. Denn sonst würden sie hinter § 779 und ihn mit einbeziehend verordnet haben: „Durch die Bestimmungen dieses Abschnitts wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung des Interesse zu verlangen.“ Sie würden auch dem Anspruch auf das Interesse mangels Abgabe der Willenserklärung den ausschliesslichen Gerichtsstand vor dem Prozessgericht erster Instanz gegeben haben. Soviel aber müsste man demjenigen, der ein vorläufig vollstreckbares Urtheil auf Abgabe einer Willenserklärung erstritten hat, doch mindestens einräumen, dass er, wenn er durch das Urtheil nicht die Willenserklärung selbst hat, auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils sein Interesse einklagen und auf Grund des hierzu verurtheilenden, wenn auch wiederum nur vorläufig vollstreckbaren Urtheils beitreiben könnte.

Ist somit jegliche Zwangsvollstreckung zur Erzwingung einer Willenserklärung auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils ausgeschlossen, und sieht die C.-Pr.-O. nicht einmal die Interesseklage aus solchem Urtheil vor, so ist das nur unter einer von zwei Voraussetzungen erklärlich. Entweder die C.-Pr.-O. kennt ein vorläufig vollstreckbares Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, überhaupt nicht, oder sie betrachtet die Vollstreckung auch dieses Urtheils als durch § 779 C.-Pr.-O. erledigt. Die erste Voraussetzung ist sicher unzutreffend. Denn dass Urtheile, welche zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilen, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, und unter den regelmässigen Bedingungen dafür zu erklären sind, kann nicht in Zweifel gezogen werden. Sie sind nirgends ausgenommen, und es wäre bei der wesentlichen Bedeutung dieser Urtheile unbegreiflich, wenn man diese Ausnahme aufzustellen lediglich vergessen hätte. Vielmehr erbringt der § 658 C.-Pr.-O. den positiven Beweis, dass auch solche Urtheile als vorläufig vollstreckbare vorkommen. Es muss also die zweite der obigen Voraussetzungen die zutreffende sein, wonach bei vorläufig vollstreckbarer Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung durch

[1]) Vgl. oben S. 63.

den § 779 C.-Pr.-O. die Zwangsvollstreckungsfrage so vollkommen erledigt ist, dass weder anderweite Zwangsvollstreckung noch Interesseklage in Frage kommen können, m. a. W.: die Fiction der Willenserklärung tritt auch auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils ein. Dies bestätigt § 658 C.-Pr.-O. vollkommen, der, wie gesagt, nicht ausnahmsweise eine gewisse vorläufige Vollstreckbarkeit schaffen, sondern umgekehrt deren sonstige Wirkungen in seinem Kreise beschränken wollte.

Was man dagegen sagen kann, reducirt sich, da die Vorgeschichte des Gesetzes nicht weniger für als gegen die hier vertretene Auffassung ergiebt, einzig auf den Buchstaben des § 779 C.-Pr.-O. Dieser aber ist nicht geeignet, die oben hervorgehobenen sachlichen Gründe zu überwiegen. Er muss vielmehr ihnen weichen, und die Vorschrift muss dahin interpretirt werden: die Fiction der Willenserklärung tritt mit der Rechtskraft des Urtheils ein, es sei denn, dass dasselbe für vorläufig vollstreckbar erklärt ist; ist dies geschehen, so tritt die Fiction mit der Verkündung des Urtheils ein.

Die Fiction muss sich an die Verkündung des vorläufig vollstreckbaren Urtheils knüpfen; denn die Zustellung und die Ertheilung der Vollstreckungsklausel sind hier so wenig wie bei dem rechtskräftigen Urtheil erforderlich[1]); nur wenn das Urtheil zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung verurtheilt, hängt die Fiction auch hier von der Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung ab.

Ist die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht (§ 652 Abs. 1 C.-Pr.-O.), so kann die Fiction erst mit deren Leistung eintreten.

Schwierigkeiten ergeben sich, wenn dem Schuldner nachgelassen ist, durch Sicherheitsleistung[2]) die Vollstreckung abzuwenden (§ 652 Abs. 2 C.-Pr.-O.). Denn wenn Verkündung und Vollstreckung eins sind, so ist Sicherheitsleistung zwischen Verkündung und Vollstreckung undenkbar. Anzuordnen, dass die Willenserklärung als abgegeben gelte, wenn nicht binnen bestimmter Frist die Sicherheit geleistet werde,

---

[1]) Vgl. oben S. 53 f.

[2]) Hinterlegung (der Willenserklärung!) kann natürlich nicht in Frage kommen.

ist das Gericht nach Lage des Gesetzes nicht im Stande. Der Beklagte könnte also die Vollstreckung, d. h. die Fiction der Willenserklärung, nur abwenden, wenn er vorsorglich vor Verkündung des Urtheils die Sicherheit leistete. Indessen diese Schwierigkeiten ergeben sich in der nämlichen Weise, wenn das Urtheil eine nicht in die Fiction der Willenserklärung des Beklagten gehüllte konstitutive richterliche Willenserklärung enthält, z. B. auf Ausschliessung eines Gesellschafters, Aufhebung eines Dienstverhältnisses lautet. Ist ein solches Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt, so müssen die Rechtsfolgen, die es befiehlt, mit seiner Verkündung eintreten. Denn da es sich nicht um die Herbeiführung von Vollstreckungsmassregeln auf Grund des Urtheils handelt, so könnte man seine Wirkungen von der Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nur dann abhängig machen, wenn das Gesetz der Vollstreckungsklausel diese von ihrer normalen abweichende Funktion besonders beigelegt hätte, was nicht der Fall ist.

Wenn nun die vorläufige Vollstreckbarkeit solcher Urtheile trotz jener Schwierigkeit unzweifelhaft besteht, so lässt sich aus ihr auch kein Grund gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile entnehmen, welche zur Abgabe einer Willenserklärung schuldig erkennen.

Man wird dem Beklagten, der nicht geneigt ist, die Sicherheit vor dem Urtheil zu leisten, rathen müssen, statt des Antrages gemäss § 652 Abs. 2 C.-Pr.-O. lieber aus Abs. 1 daselbst zu beantragen, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer vorgängigen Sicherheitsleistung des Klägers abhängig gemacht werde. Dieser Umkehrung ist der Beklagte ja ohnehin nach Belieben des Klägers ausgesetzt; denn wenn der letztere sich zur Leistung einer Sicherheit erbietet, so geht dem Beklagten das Recht, durch seine Sicherheitsleistung die Vollstreckung abzuwenden, verloren. Das Gericht wird bei der Eigenthümlichkeit der Sachlage in derartigen Fällen geneigt sein müssen, dem Kläger solche Sicherheit auf Antrag des Beklagten aufzuerlegen. Droht aber dem Beklagten unersetzlicher Nachtheil, so ist die vorläufige Vollstreckbarkeit überhaupt zu versagen (§ 651 C.-Pr.-O.).

Keinerlei Schwierigkeiten bereiten die Folgen der Aufhebung des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheils oder seiner vorläufigen Vollstreckbarkeit. Die Willenserklärung hört mit der Verkündung der entsprechenden Entscheidung einfach auf, als abgegeben zu gelten,

weil mit diesem Moment die vorläufige Vollstreckbarkeit alle] verliert, die ihr beiwohnte (§ 655 Abs. 1 C.-Pr.-O.) Irgend w Aufhebung von Vollstreckungsmassregeln kann nicht in Frage kom weil das Urtheil keine solchen herbeigeführt hat. Selbstverstän kann die Löschung einer nach § 658 C.-Pr.-O. eingetragenen merkung verlangt werden. Hat der Beklagte in Erfüllung der d die Willenserklärung zu übernehmenden Verpflichtung etwas ge oder sonst geleistet, so hat er das nicht auf Grund des Urtl geleistet, wenn dieses ihn wirklich, wovon hier auszugehen lediglich zur Abgabe der Willenserklärung verurtheilte. Denn solches Urtheil stellt, wie früher ausgeführt, die Folgen Willenserklärung nicht einmal fest, geschweige denn verurtheilt es zu ihrer Erfüllung, sondern es ordnet nur in blanco an, dass die Folgen eintreten sollen, welche die Willenserklärung haben würde. Die Realisirung der Folgen der Willenserklärung hat mit der Vollstreckung des Urtheils, welches zu ihrer Abgabe verurtheilt, gar nichts zu thun. Aus diesen Gründen kann der Kläger auch nicht in Anwendung des § 655 Abs. 2 C.-Pr.-O. bei Aufhebung des vorläufig vollstreckbaren Urtheils zur Erstattung des von dem Beklagten Gezahlten oder Geleisteten verurtheilt werden, sondern es ist reine Sache der materiellrechtlichen condictio indebiti, dem Beklagten solche Leistungen wieder zu verschaffen. Das einzige, was auf Grund des Urtheils geleistet ist, (oder vielmehr als geleistet gilt), die Willenserklärung, fällt mit Aufhebung des Urtheils von selbst weg. Was der Beklagte sonst geleistet hat, hat er auf Grund des Urtheils nur dann geleistet, wenn er zugleich zu dieser Leistung selbstständig verurtheilt war, und auf dieses selbstständige caput sententiae findet § 655 Abs. 2 C.-Pr.-O. natürlich Anwendung.

V.

Die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung auf Grund vollstreckbaren Vergleiches, Schiedsspruches und ausländischen Urtheils.

Es ist unbestrittene Auffassung, dass die Vorschrift des § 779 C.-Pr.-O. ausschliesslich auf Urtheile, nicht auf sonstige Vollstreckungs-

titel anwendbar sei.[1]) Kaum begreiflich ist, wie dabei von manchen[2]) ausgesprochen werden kann, dass die Verpflichtung zur Abgabe von Willenserklärungen aus andern vollstreckbaren Titeln zur Zwangsvollstreckung gemäss § 773 oder § 774 C.-Pr.-O. führe, während dieselben Schriftsteller[3]) betonen, dass auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils solches Zwangsverfahren nicht eintreten könne, da der Gesetzgeber Zwang zur realen Erklärung überall nicht gewollt habe. Die Willenserklärung ist im Sinne des dritten Abschnitts im achten Buche der C.-Pr.-O., wie früher ausgeführt wurde,[4]) niemals Handlung, gleichviel auf welchem Grunde die Verpflichtung zur Abgabe der Willenserklärung ruht. Nach den Gegenständen, und nicht nach den Gründen der Verpflichtung grenzen sich die Zwangsvollstreckungsmethoden gegen einander ab. Aus einem vollstreckbaren Vergleich (§ 702 No. 1. 2 C.-Pr.-O.), durch welchen sich eine Partei z. B. zur Auflassung eines Grundstücks verpflichtet hat, kann daher niemals ein Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. eingeleitet werden. Ein solcher Vergleich wäre vielmehr, wenn er nicht nach Analogie des § 779 C.-Pr.-O. vollstreckt wird, überhaupt nicht vollstreckbar, trotzdem die C.-Pr.-O. sagt, dass aus ihm die Zwangsvollstreckung stattfindet. Es bliebe dem Kläger nicht, wie Wilmowski und Levy[5]) annehmen, wahlweise neben der Zwangsvollstreckung die Klage aus dem Vergleich, sondern er hätte einzig und allein dieses Mittel, um durch die Rechtskraft des Urtheils die Fiction der Willenserklärung herbeizuführen, oder, je nach dem Klagantrage, sein Interesse zu erlangen.

Auf die letztere Möglichkeit hat aber die C.-Pr.-O., wenn vollstreckbare Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung in

---

[1]) Struckmann-Koch zu § 779 Anm. 1, Seuffert zu § 779 Anm. 4, Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 1, Gaupp zu § 779 Anm. I, 1, Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 312, Bunsen, Mecklenburg. Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Rechtswiss. B. 2 S. 313. 339, Levy, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 36 S. 34[6].

[2]) Wilmowski-Levy, Gaupp, Falkmann a. a. O.

[3]) Wilmowski-Levy zu § 779 Anm. 2, Gaupp zu § 779 Anm. I, 3, Falkmann a. a. O.

[4]) Ob. S. 122.

[5]) Zu § 779 Anm. 1.

Frage steht, nach früher Bemerktem [1]) nicht einmal Rücksicht genommen, und sie hätte es also an jeglicher Fürsorge für die Vollstreckung aus anderen Titeln als Urtheilen bei diesem wichtigen Gegenstande der Verpflichtung fehlen lassen. Und dies sagt man der C.-Pr.-O. nach, ohne jeden andern Grund als den Wortlaut des § 779: „Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt"! In den Bestimmungen der C.-Pr.-O. über einzelne Vollstreckungsweisen finden sich auch sonst Spuren davon, dass man bei ihrer Fassung nur auf das Urtheil als Grundlage der Zwangsvollstreckung Rücksicht genommen hat, z. B. in § 775 Abs. 2:

> „Der Verurtheilung muss eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urtheile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozessgericht erster Instanz erlassen wird."

Oder in § 774 Abs. 2, welcher von den Bestimmungen des ersten Absatzes nur die Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe und die Verurtheilung zur Herstellung des ehelichen Lebens ausnimmt, (letztere, soweit nicht Landesgesetze das Zwangsverfahren gestatten). Steift man sich auf das Wort, so könnte man entweder folgern, dass aus dem vollstreckbaren Vergleich, durch welchen sich ein Gatte zur Herstellung des ehelichen Lebens verpflichtet hat, das Zwangsverfahren nach Abs. 1 allerdings stattfinde, oder umgekehrt, dass Abs. 1 überhaupt nur auf die Zwangsvollstreckung aus Urtheilen sich beziehe, weil man nur Verurtheilungen besonderen Inhalts auszunehmen für nöthig befunden habe. Manche Vorschriften beziehen sich ihrer Fassung nach zwar nicht blos auf Urtheile, aber doch nur auf eine Zwangsvollstreckung aus Titeln, welche nach begonnenem Prozesse sich ergeben, nämlich die Bestimmungen, welche gewisse Entscheidungen dem Prozessgericht erster Instanz zuweisen (§ 773 Abs. 1. § 774 Abs. 1. § 775 Abs. 1. vgl. Abs. 2).

In Wahrheit aber folgt aus derartigen Fassungen keinerlei Einschränkung der Anwendbarkeit derjenigen Zwangsvollstreckungsmethoden, bei welchen sie sich finden. Vielmehr sind solche Vorschriften durch sachgemässe Auslegung der Zwangsvollstreckung aus

[1]) Ob. S. 63. 122 f.

andern Vollstreckungstiteln anzupassen.[1]) Dies muss auch in § 779 C.-Pr.-O. geschehen. Wir stehen deshalb nicht an, zu behaupten, dass die Willenserklärung, zu der sich jemand durch vollstreckbaren Vergleich gemäss § 702 No. 1. 2 C.-Pr.-O.[2]) verpflichtet hat, mit Abschluss des Vergleiches als abgegeben gilt; denn die Rechtskraft des Vergleiches lässt nicht auf sich warten. Einer Ausfertigung des Vergleiches wird der Kläger zum Beweise bedürfen; ob dieselbe die Vollstreckungsklausel trägt, ist unwesentlich, ebenso wie bei dem Urtheil; braucht der Kläger dort, wofern nicht das Urtheil für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, das Rechtskraftzeugniss, so fällt das bei dem Vergleich natürlich fort. Ist aber in dem Vergleich die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so tritt, wie bei dem Urtheil, die Fiction erst mit der Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Vergleiches gemäss §§ 664. 666. 667. 703. 705 C.-Pr.-O. in Kraft.[3])

Ein Schiedsspruch, welcher zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, führt die Fiction derselben nur auf Grund des Vollstreckungsurtheils herbei[4]). Allerdings hat nach § 866 C.-Pr.-O. der Schiedsspruch unter den Parteien die Wirkungen eines rechts-

---

[1]) Der Vergleich, welcher im Falle des § 471 C.-Pr.-O. vor dem Amtsgericht im Sühneverfahren abgeschlossen wird, liegt vor dem Prozess, und das Amtsgericht ist nicht Prozessgericht erster Instanz. Dennoch hat es in sinngemässer Auslegung der §§ 773. 774. 775. 778 C.-Pr.-O. an Stelle dieses Gerichtes zu fungiren. So Seuffert zu § 773 Anm. 4, Wilmowski-Levy zu § 773 Anm. 3, Gaupp zu § 773 Anm. III, 1. Andere weisen die Entscheidungen dem Vollstreckungsgericht zu; vgl. Struckmann-Koch zu § 773 Anm. 2. Hellmann, Lehrbuch S. 885, sagt: „Will man hier nicht die Vollstreckung für unmöglich erklären und den Gläubiger auf den Weg der Erfüllungs- bezw. Schadensersatzklage verweisen, so wird man das Amtsgericht, vor welchem der Vergleich geschlossen wurde, als das zuständige Prozessgericht ansehen dürfen.“ Es ist hier nicht recht deutlich, ob der Verfasser zwischen beiden Ansichten schwankt, oder die erste als unerträglich ablehnen will.

[2]) § 702 No. 3 – 5 können nicht in Betracht kommen.

[3]) Uebrigens kann es auch leicht sein, dass der Vergleich die Willenserklärung genau besehen schon enthält, diese also nicht erst fingirt zu werden braucht. Oberlandesgericht Dresden, Beschl. v. 9. VI. 90 und Beschl. v. 11. IX. 91, Annalen B. 12 S. 285 ff. 518 ff.

[4]) Reichsgericht, VI. Sen., Urth. v. 28. VI. 86, Entsch. B. 16 S. 420 ff. Vollständiger in der Beilage zum Reichsanzeiger 1886 S. 306 ff., Seuffert zu § 779 Anm. 2.

kräftigen gerichtlichen Urtheils; aber § 868 bestimmt, dass die Zwangsvollstreckung aus ihm nur stattfindet, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist. Es ist nicht anzunehmen, dass mit jener Ausdrucksweise des § 866 gerade die hier fragliche energischeste Art der Zwangsvollstreckung von der Vorbedingung des Vollstreckungsurtheils entbunden werden sollte.

Denn als eine Art der Zwangsvollstreckung fasst die C.-Pr.-O. die Fiction der Willenserklärung nun einmal auf, und es ist daher anzunehmen, dass sie dieselbe auch den Vorbedingungen der Zwangsvollstreckung unterwerfen wollte, soweit nicht entscheidende Gründe entgegenstehen. Auch wurde früher gezeigt,[1]) dass, trotzdem die Fiction in Kraft des Urtheils selbst eintritt, sie doch ihre Natur als Akt der Zwangsvollstreckung nicht verleugnet, indem sie unter Ueberschreitung der sonstigen persönlichen Grenzen der Rechtskraft auch allen Dritten gegenüber so wirkt, wie die reale Erklärung des Beklagten. Diese Wirkung könnte dem Schiedsspruch ohne das Vollstreckungsurtheil auf Grund des § 866 sicher nicht beigemessen werden; denn dieser Paragraph giebt dem Schiedsspruch die Wirkungen des rechtskräftigen Urtheils nur unter den Parteien, und ist zwar insofern ausdehnend auszulegen, als der Schiedsspruch auch im Verhältniss zu denjenigen Dritten wirkt, im Verhältniss zu welchen nach allgemeinen Grundsätzen auch die Rechtskraft des Urtheils wirksam ist; aber jene eigenthümliche, den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung entlehnte weitergehende Wirkung kann der Schiedsspruch nur unter den Bedingungen der Vollstreckbarkeit, also nur auf Grund des Vollstreckungsurtheils haben. Es würde aber unzulässig sein, die Fiction zu zerspalten, und unter den Parteien und sonst an die Rechtskraft gebundenen Personen schon mit dem Schiedsspruch, und nur im Verhältniss zu andern erst mit dem Vollstreckungsurtheil eintreten zu lassen. Sie muss vielmehr einheitlich mit dem letzteren eintreten.

Das ausländische Urtheil[2]) bedarf des Vollstreckungsurtheils (§ 660 C.-Pr.-O.) selbstverständlich dann, wenn auf Grund des deutschen Zwangsvollstreckungsrechtes die dem ausländischen Prozessrecht unbekannte Fiction der Willenserklärung herbeigeführt

---

[1]) Ob. S. 70.

[2]) Reichsgericht a. a. O., Seuffert a. a. O.

werden soll. Eine andere Frage ist es, ob, wenn das ausländische Prozessrecht selbst eine dem § 779 C.-Pr.-O. gleichartige Vorschrift enthält, also die Willenserklärung nach ausländischem Rechte auf Grund des Urtheils fingirt wird, das deutsche Recht die Willenserklärung als eine im Ausland nach dortigem Rechte abgegebene ohne Vollstreckungsurtheil anerkennt. Man könnte sich darauf stützen, dass ein im Auslande nach dortigem Prozessrecht erfolgter realer Vollstreckungsakt in seinen Wirkungen vom deutschen Rechte anerkannt wird. Wenn z. B. nach österreichischem Prozessrecht [1]) demjenigen, welcher zur Herausgabe einer Sache zum Zwecke der Eigenthumsübertragung verurtheilt ist, die Sache zwangsweise weggenommen und dem Gläubiger übergeben ist, so erkennt unstreitig auch das deutsche Recht den Gläubiger als Eigenthümer an, trotzdem die Eigenthumsübertragungserklärung des Schuldners fehlt und nur durch den Akt des Vollstreckungsbeamten ersetzt ist; denn der Erwerbsakt beurtheilt sich nach dem Rechte des Ortes, wo er geschieht. So, könnte man sagen, hat auch das ausländische Urtheil bereits im Auslande die Willenserklärung des Beklagten ersetzt, wenn die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung nach dem ausländischen Rechte jene Folge hat, und dieser ausländische Vorgang ist ebenso wie jener zu achten.

Allein das wäre ein Fehlschluss. Denn in jenem ersten Falle liegt ein real im Auslande vollzogener, dem Urtheil gegenüber selbstständiger Akt vor, die Wegnahme der Sache, während in diesem zweiten der reale ausländische Vorgang nichts ist, als die Fällung des Urtheils, nichts als das Gebot des ausländischen Richters, es solle alles so gehalten werden, wie wenn die Erklärung abgegeben wäre. Es ist streitig, ob das Vollstreckungsurtheil nur für die Vollstreckung oder auch für die sonstige Geltendmachung der Rechtskraft des ausländischen Urtheils in Deutschland die unerlässliche Voraussetzung ist. [2]) Nimmt man mit der in Deutschland herrschenden Lehre das letztere an [3]), so ist unsere Frage sofort erledigt. Denn danach

[1]) V. Canstein, Lehrbuch des österr. Civilprozessrechtes B. 2 § 109, III S. 888 f. Ullmann, österr. Civilprozessr. § 185, 5. 6. S. 549.

[2]) Vgl. v. Bar, Theorie u. Prax. d. internat. Privatr. B. 2 §§ 413—415.

[3]) Dafür Reichsger. I. Sen., Urth. v. 29. I. 83, Entsch. B. 8 S. 385 ff. Vgl. auch VI. Sen. a. a. O. (ob. S. 129[4]) S. 423 („Wirkung äussern“); zweifelnd derselbe Sen., Urth. v. 23. VI. 90, Entsch. B. 26 S. 131.

würde die hier in Rede stehende Wirkung des Urtheils nicht anders behandelt werden können als jede andere. Aber auch vom entgegengesetzten Standpunkte aus wird hier wie bei dem Schiedsspruche zu beachten sein, dass die Fiction der Willenserklärung, auf deren Abgabe das Urtheil lautet, von der deutschen C.-Pr.-O. als Sache der Zwangsvollstreckung aufgefasst wird und sich auch in ihrer Wirkung gegen Dritte als solche ausweist. Wenn nun das deutsche Recht das ausländische Urtheil als vollstreckbar nur anerkennt auf Grund des Vollstreckungsurtheils, so kann es über ein ausländisches Urtheil, welches ohne einen realen, von ihm unabhängigen Vollstreckungsvorgang mit der Prätension auftritt, dass wir es in Deutschland als vollstreckt gelten lassen sollen, nicht anders urtheilen. Es wird auch mit diesem Verlangen deutsche Vollstreckung des ausländischen Urtheils begehrt, und diese ist hier wie sonst nur auf Grund des Vollstreckungsurtheils zulässig.

Umgekehrt kann auch das deutsche Urtheil, welches zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, nur unter den Voraussetzungen, unter welchen deutsche Urteile in dem fremden Staate überhaupt vollstreckt werden, und nur auf die dort geltende Weise Vollstreckung beanspruchen; die deutsche Fiction der Willenserklärung auf Grund des § 779 C.-Pr.-O. wirkt nur im Bereiche der deutschen Gerichtsbarkeit. (Vgl. oben S. 102.)

Das Vollstreckungsurtheil zum Schiedsspruch wie zum ausländischen Urtheil nimmt im übrigen dieselbe Stellung ein, wie wenn es selbst zur Abgabe der Willenserklärung verurtheilt hätte, woraus sich alle Nebenfragen von selbst beantworten. Zur Annahme einer rückwirkenden Kraft der Fiction würde jeder Anhalt fehlen.

VI.

Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Rechtshandlungen.

Es ist in einem früheren Abschnitte (II) versucht, die Grenze festzulegen zwischen den Willenserklärungen im Sinne des § 779 C.-Pr.-O. und den Handlungen im Sinne der §§ 773. 774 C.-Pr.-O. Nach dem hervorgehobenen Prinzip der Anwendung des § 779 [1]) wird, wenn eine Handlung nicht reine Willenserklärung ist, sondern nur eine solche als Element enthält, niemals dieses Element durch die Fiction des § 779 hergestellt, so dass nur das sonst Erforderliche auf anderem Wege zu beschaffen bliebe, sondern, wie die vollstreckbare Verpflichtung zur Herausgabe (Leistung) von Sachen ausschliesslich den §§ 769 ff. C.-Pr.-O. untersteht [2]), so richtet sich die Zwangsvollstreckung wegen Handlungen, auch wenn eine Willenserklärung in ihnen enthalten ist, ausschliesslich nach §§ 773. 774.

Es bleibt aber noch die Frage zu beantworten, inwieweit die Zwangsvollstreckung wegen Rechtshandlungen dem ersten, und inwieweit sie dem zweiten der genannten Paragraphen untersteht. Ist die Vornahme einer Rechtshandlung, insbesondere die Ausstellung eines Wechsels oder einer andern der Fiction des § 779 nicht unterliegenden Urkunde, eine Handlung, welche von einem Dritten vorgenommen werden kann, kann sich also der Gläubiger gemäss § 773 vom Gericht ermächtigen lassen, eine solche Handlung von einem Dritten auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen? oder aber liegt eine Handlung vor, welche von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann, so dass der Schuldner gemäss § 774 zu ihrer Vornahme durch Geldstrafen oder Haft anzuhalten ist, vorausgesetzt, dass sie ausschliesslich von seinem Willen abhängt?

Selbstverständlich ist das erstere dann der Fall, wenn dem Anspruche des Gläubigers statt der Rechtshandlung des Schuldners diejenige eines Dritten als solche, als Handlung des Dritten, genügt. Wenn z. B. der Beklagte verurtheilt ist, dem Kläger Wechsel auf den und den Platz in bestimmtem Betrage zu geben, so wird es dem

[1]) Vgl. oben S. 74. 79.

[2]) Vgl. oben S. 74 ff.

Kläger, wenn auch nicht immer, so doch sehr oft genügen, statt vom Beklagten, von einem Dritten umlaufsfähige Wechsel in dem bestimmten Betrage auf den bestimmten Platz ausgestellt oder indossirt zu erhalten. In diesem Falle kann er sich ermächtigen lassen, auf Kosten des Beklagten sich von einem Dritten derartige Wechsel zu kaufen.

Streitig aber ist, ob, wenn der Gläubiger eine Handlung braucht, welche Handlung des Schuldners ist oder rechtlich dafür gilt, durch das Verfahren gemäss § 773 C.-Pr.-O. dem Schuldner zwangsweise ein Stellvertreter aufgenöthigt werden kann, der in seinem Namen die urtheilsmässige Rechtshandlung vornimmt, gleich als sei sie von dem Schuldner selbst vorgenommen. Diese Frage war schon auf Grund des älteren Prozessrechts bestritten, welches bei s. g. vertretbaren Handlungen einen gleichartigen Weg der Zwangsvollstreckung wie § 773 C.-Pr.-O. kannte.[1]) Die eine Auffassung betonte, dass die Unterschrift einer Urkunde regelmässig nicht nothwendig eigenhändig zu sein braucht, auch bei sonstigen Rechtshandlungen regelmässig Stellvertretung zulässig ist, und glaubte daraus schliessen zu dürfen, dass solche Handlungen unter den Begriff derjenigen fallen, die von einem andern ebenso gut wie von dem Schuldner vorgenommen werden können und daher im Vollstreckungsverfahren durch einen dem Exequenden zu bestellenden Vertreter herbeizuführen sind.[2])

[1]) Für den gemeinen Civilprozess vgl. Wetzell § 50 S. 650, Bayer, Vorträge § 336. Ferner: preussische A. G.-O. I, 24 § 49 verbunden mit Verordnung v. 4. März 1834 § 9; sächsisches Exekutionsgesetz v. 28. Febr. 1838 § 71; braunschweigische C.-Pr.-O. § 382; hannoversche B. Pr.-O. § 549. Für Oesterreich vgl. v. Canstein, österr. Civilprozessrecht B. 2 § 109, VII, Ullmann, österr. Civilprozessrecht § 185, 7.

[2]) Rescript des preussischen Justizministeriums vom 4. April 1837 bei v. Roenne, Ergänzungen und Erläuterungen der preussischen Rechtsbücher B. 3, zu A. G.-O. I, 24 §§ 49—52, No. 7, a. Vgl. auch Hälschner daselbst No. 7, c: der dem Verurtheilten zu bestellende Vertreter habe die Handlung in seine Seele zu vollbringen. Auch der österreichische oberste Gerichtshof hat bei Verurtheilung zur Ausstellung einer Urkunde die Ausstellung derselben durch einen Kurator zugelassen, Ullmann a. a. O. § 185[5]. — Bei der Zwangstrauung kam die Form vor, dass ein Dritter im Namen des Renitenten Ja sagt; vgl. die kurbrandenburgischen Rescripte vom 17. Febr. und 12. März 1686 bei Friedberg, Zeitschr. f. Kirchenrecht B. 6 S. 83. Selbst für die Abbitte findet sich, dass sie ein Dritter, der Gefängnissschliesser, „in die Seele"

Die andere Ansicht erklärte dies für unmöglich und hielt Rechtsgeschäfte vielmehr für unvertretbare Handlungen, da, wie Koch sagte, ein Dritter den Willen einer andern selbstständigen Person nicht haben könne. [1])

Auf dem Boden der R.-C.-Pr.-O. setzt sich der Streit fort. Für die Anwendbarkeit des § 773 auf die Verurtheilung zur Abgabe einer Unterschrift sind Struckmann und Koch [2]), weil die Unterschrift nicht nothwendig eigenhändig sei, und die Vollmacht durch die Ermächtigung des Gerichts ersetzt werde, etwas vorsichtiger Gaupp [3]) (: „sofern die Unterschrift nicht eine eigenhändige sein muss"). Für unvertretbare Handlungen dagegen, welche unter § 774 fallen, soweit nicht § 779 reicht, hält die Willenserklärungen Endemann. [4]) Wilmowski und Levy hatten sich früher für die Anwendbarkeit des § 773 entschieden [5]); sie haben die entsprechende Bemerkung jetzt durch die keineswegs deutliche Erklärung ersetzt, dass auf die Verurtheilung zur Beisetzung einer Unterschrift, zur Ausstellung eines Wechsels u. s. w. die Vorschriften über executio ad faciendum anwendbar seien [6]); aus dem Vergleich, durch welchen sich jemand zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet, lassen sie die Zwangsvollstreckung gemäss § 773 oder § 774 zu, ohne Auskunft darüber zu geben, wann dieser und wann jener Paragraph Platz greife. [7]) Auf die Errichtung eines bestimmten Vertrages und

---

des Verurtheilten leistet; vgl. mecklenburgisches Regierungsrescript vom 21. IX. 1825 bei Trotsche, Materialien zu einem Handbuche des Mecklenburg-Schwerin'schen Particular-Civilprozesses (Güstrow 1837) § 140 [8].

[1]) Koch, preussischer Civilprozess § 320, Oberlandesgericht Breslau bei v. Roenne a. a. O. No. 7, b. Das Kammergericht erklärte es mittels Plenarentscheidung vom 23. X. 1850 a. a. O. d. für unzulässig, wenn der Beklagte zur Abtretung eines bereits in dritte Hand übergegangenen Grundstücks verurtheilt sei, ihm gerichtsseitig einen Vertreter zum Zwecke der Errichtung eines Kaufvertrages mit dem Besitzer des Grundstücks zu bestellen. Vgl. auch Ullmann a. a. O., welcher bei Verurtheilung zur Ausstellung einer Urkunde sich für die Exekution durch Geld- und Arreststrafe erklärt.

[2]) Zu § 779 Anm. 1.

[3]) Zu § 779 Anm. I, 2.

[4]) B. 3 zu § 773 S. 317; zu § 779 S. 330 f.

[5]) 3. Aufl. zu § 779 Anm. 2.

[6]) 6. Aufl. a. a. O.

[7]) Zu § 779 Anm. 2.

die Bestellung einer Verbalkaution wollen sie § 774 angewandt wissen [1]), dagegen finden sie kein Wort des Widerspruchs gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Kassel [2]), welcher die vollstreckbare Verpflichtung zur Erhebung einer Klage dem § 773 unterstellt. [3]) Neuestens bezeichnet es Levy [4]) wieder als fraglich, ob eine Wahlerklärung des Schuldners, (wenn überhaupt einer Zwangsvollstreckung,) den Bestimmungen des § 774 oder denen des § 773 unterliegen würde. Auch Seuffert giebt keine klare Auskunft. Auch er sagt, dass bei der Verurtheilung zur Beisetzung einer Unterschrift, zur Indossirung eines Orderpapiers, zur Ausstellung eines Zeugnisses oder einer Quittung § 773 oder § 774 anwendbar sei, ohne Angabe darüber, wann das eine, wann das andere [5]); Seuffert referirt einerseits ohne Widerspruch das Urtheil des Reichsgerichts [6]), welches den Fall des § 774 bei Verurtheilung zur Bestellung einer Verbalkaution für gegeben hält [7]), andererseits unterstellt er die Verurtheilung zur Vornahme einer Ausspielung dem § 773 [8]), und ebendemselben auch die Vollstreckung eines Erkenntnisses, welches mehrere Beklagte verurtheilt, eine ihnen gemeinschaftlich obliegende Leistung nach Verhältniss ihres Vermögens zu theilen. [9])

Nicht minder schwankend ist die Rechtsprechung. Bereits früher ist bemerkt, dass das Oberlandesgericht Kiel [10]) auf die Errichtung eines schriftlichen Vertrages, der dritte Senat des Reichsgerichts auf die Ertheilung einer schriftlichen Vollmacht [11]) und auf die Bestellung einer Verbalkaution [12]) das Zwangsverfahren nach § 774 C.-Pr.-O. angewandt haben. Ebenso urtheilt der zweite Senat [13]) über

[1]) Zu § 774 Anm. 1.
[2]) Vgl. unten S. 137.
[3]) Zu § 773 Anm. 2 a. E.
[4]) Rassow-Küntzel, Beiträge B. 36 S. 43.
[5]) Zu § 779 Anm. 2.
[6]) Vgl. oben S. 79 f.
[7]) Zu § 774 Anm. 1.
[8]) Zu § 773 Anm. 2.
[9]) Zu § 774 Anm. 1. Indessen liegt hier nahe, an einen Druckfehler zu denken und statt 773 zu lesen 778. Vgl. unten S. 154.
[10]) Vgl. oben S. 91.
[11]) Vgl. oben S. 94.
[12]) Vgl. oben S. 80.
[13]) Urtheil v. 22. II. 83, Entsch. B. 9 S. 317.

die mögliche Verpflichtung eines Fabrikbesitzers, auf Verlangen seines Arbeiters zur Realisirung einer Unfallversicherung „die erforderlichen Schritte gegenüber der Versicherungsgesellschaft“ zu thun. Dagegen hat der fünfte Senat des Reichsgerichts [1]) ausgesprochen: „Der Regel nach ersetzt bei allen Handlungen, welche der Schuldner auf Grund seiner Vollmacht durch einen andern ausführen lassen kann, die vom Gericht zu ertheilende Ermächtigung die Stelle dieser Vollmacht.“ Das Oberlandesgericht zu Kassel [2]) hält sogar § 773 C.-Pr.-O. für anwendbar auf die vollstreckbare Verpflichtung zur Erhebung einer Klage. Das Landgericht hatte im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem Vergleiche dem Beklagten aufgegeben, bei Meidung einer Geldstrafe eine bestimmte zur Herbeiführung der Abrechnung und Auseinandersetzung mit einem Dritten erforderliche Klage gegen diesen anzustellen. [3]) Das Oberlandesgericht hob diesen Beschluss auf und wies den Vollstreckungsantrag ab, indem es ausführte, dass jedenfalls die Zwangsvollstreckung nach § 774 C.-Pr.-O. ausgeschlossen sei. „Denn die Anstellung einer Klage ist als eine Handlung, welche in jedem Falle durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann und ausschliesslich von dem Willen des Schuldners abhängt, nicht anzusehen. Sie kann vielmehr sehr wohl auch durch einen Dritten erfolgen, indem dabei die Vollmacht des Schuldners durch die gerichtliche Ermächtigung gemäss § 773 C.-Pr.-O. ersetzt würde. Vorliegend ist dies um so unbedenklicher anzunehmen, weil der Kläger selbst mit den für die Begründung der zu erhebenden Klage wesentlichen Thatsachen und Rechtsverhältnissen genau bekannt ist, und der Beklagte nur als sein Rechtsnachfolger auf Grund der Information durch seinen Vorgänger klagen kann.“

Es lässt sich nun aber mit Sicherheit nachweisen, dass die auf Grund des § 773 C.-Pr.-O. ertheilte Ermächtigung, eine Handlung auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten vornehmen zu lassen, niemals geeignet ist, eine Vollmacht oder Ermächtigung des Schuldners

---

[1]) Beschl. v. 30. VI. 86, Rassow-Küntzel, Beiträge B. 33 S. 127.

[2]) Beschl. v. 23. IX. 89, Zeitschr. f. C.-Pr. B. 15 S. 526.

[3]) Das ohne Zweifel sehr interessante Verhältniss, aus welchem dem Beklagten diese Verpflichtung gegen den Kläger oblag, ist leider nicht mitgetheilt, und man kann sich schwer ein Bild davon machen.

zu Rechtshandlungen zu ersetzen, sondern lediglich die Kraft hat, den Schuldner zur Tragung der Kosten, und, wo dies in Frage kommt, zur faktischen Duldung der Handlung zu verpflichten.

Die Vorakten der C.-Pr.-O. lassen keinen Zweifel daran, dass Willenserklärungen, soweit sie nicht unter § 779 C.-Pr.-O. fallen, als dem Bereich des § 774, nicht des § 773 angehörig betrachtet wurden. In den Verhandlungen der norddeutschen Kommission [1]) wurde darüber diskutirt, ob für die nur dem Schuldner selbst möglichen Handlungen Zwang durch Geldbusse oder Personalarrest zuzulassen sei, oder nur die Interesseklage. Der Referent führte unter anderm aus: „Für manche Handlungen der vorliegenden Art sei überdies ein direkter Zwang nicht einmal möglich, bei andern, z. B. bei Willenserklärungen, sei derselbe entbehrlich, weil hier die Handlung durch die Rechtskraft des zu derselben verurtheilenden Erkenntnisses ersetzt werde, wie sich namentlich im Hypothekenverkehr zeige."

Die Motive zum ersten deutschen Entwurf[2]) behandeln in zwei Absätzen die Handlungen, welche von einem Dritten vorgenommen werden können, und diejenigen, welche es nicht können. In dem letzteren Absatz sagen sie [3]): „Es werden danach nur solche Fälle für die Zwangsvollstreckung" — d. h. für die in Rede stehende — „übrig bleiben, in welchen die Verpflichtung auf die Abgabe einer Willenserklärung oder die Ertheilung einer Auskunft, insbesondere Rechnungslegung gerichtet ist. Auch von diesen Fällen kann noch die Abgabe einer Willenserklärung der Zwangsvollstreckung ganz entzogen werden, wenn die Erklärung selbst durch das rechtskräftige Urtheil ersetzt wird." Es unterliegt danach nicht dem mindesten Zweifel, dass, so weit das letztere nicht der Fall ist, weil die Willenserklärung keine reine ist, sondern eine Rechtshandlung, die durch Fiction nicht ersetzt werden kann, nach der Absicht dieses Entwurfes die Zwangsvollstreckung gemäss § 695 = 774 C.-Pr.-O. stattfinden sollte.

---

[1]) Protok. S. 2063; vgl. Redaktionsentwurf §§ 1015. 1016, definitiv. Entwurf §§ 1054. 1055. Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des einen wie des andern Paragraphen lauten bereits genau so wie in §§ 773. 774 C.-Pr.-O.

[2]) §§ 694. 695, Mot. S. 479 f.

[3]) S. 480.

Die Ausdrucksweise der Motive des zweiten und der des letzten deutschen Entwurfs ist zwar weniger klar; aber entscheidend ist auch hier der Zusammenhang. Auch hier erscheint die Vorschrift, dass das Urtheil die Willenserklärung ersetzt[1], als Ausnahme in dem Absatz über die Zwangsvollstreckung wegen Handlungen, die ein Dritter **nicht** vornehmen kann[2]. Auch hier ist also der Gedanke, dass die Verurtheilung zur Abgabe einer Willenserklärung dieser Art der Zwangsvollstreckung unterliegen würde, wenn man nicht jene Ausnahmevorschrift hätte, woraus zwingend folgt, dass sie ihr unterliegt, soweit nicht die Ausnahme reicht. Dass man, abgesehen von spezialgesetzlichen Erscheinungen[3], gleichwohl als Fälle der Anwendbarkeit des § 774 C.-Pr.-O., nur Urtheile anzuführen wusste, welche auf Ableistung des civilrechtlich gebotenen Offenbarungseides oder auf Ertheilung einer Auskunft, insbesondere auf Rechnungslegung gerichtet sind, beruht auf Überschätzung der Tragweite des § 779 C.-Pr.-O.; man übersah, dass durch diesen Paragraphen die Rechtshandlungen, welche mehr als reine Willenserklärung sind, nicht gedeckt werden; das kann aber das obige Ergebniss nicht ändern. Auch sind in den Motiven wie in den Kommissionsverhandlungen als Beispiele von Handlungen, welche durch einen Dritten vorgenommen werden können, nur rein thatsächliche, Beseitigung einer Anlage[4], Aufführung eines Gebäudes, Handeln auf fremdem Grund und Boden[5], namhaft gemacht.

Wir behandeln diese Feststellung über die Absicht des Gesetzgebers keineswegs als ausschlaggebend; es kommt hier, wie immer, darauf an, ob diese Absicht im Gesetz hinlänglichen Ausdruck gefunden hat. Dies ist unzweifelhaft der Fall. § 773 Abs. 1 C-Pr.-O. lautet:

> „Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozessgericht

---

[1]) II § 712; III § 725.

[2]) II § 707, Mot. S. 574 f. III § 720, Mot. S. 443 (**Hahn**, Materialien S. 466).

[3]) Z. B. Seemannsordnung § 29.

[4]) Mot. S. 443 (**Hahn** S. 466.)

[5]) Protok. der Kommission S. 413 (**Hahn** S. 860.)

erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen."

Die Behauptung, dass die nach dieser Bestimmung ertheilte Ermächtigung des Gerichts die sonst erforderliche Vollmacht des Schuldners zum Handeln in seinem Namen ersetze, beruht auf Verkehrung einer Voraussetzung des Beschlusses in eine Wirkung desselben. Klar ist, dass die sämmtlichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 773 vorliegen müssen, ehe die Ermächtigung ertheilt wird. Die Handlung eines Dritten muss also vor Ertheilung der Ermächtigung die Handlung des Schuldners zu ersetzen geeignet sein, wie z. B. bei einer handwerksmässigen Arbeit der Fall ist, bei welcher es nicht auf besondere, nur dem Schuldner innewohnende Fähigkeiten ankommt. Hier ist die Handlung eines Dritten als seine eigene Handlung im Stande, denselben Erfolg herzustellen, welchen die Handlung des Schuldners herbeiführen sollte. Weil das so ist, kann das Gericht den Gläubiger ermächtigen, die Handlung durch einen Dritten auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen. Aber es kann nicht die Ermächtigung darauf gestützt werden, dass, wenn sie da wäre, die Handlung des Dritten diejenige des Schuldners zu ersetzen geeignet sein würde. Wenn es beispielsweise gilt, einen Wechsel zu unterschreiben, so kann die Handlung eines Dritten als seine Handlung keineswegs diejenige des Schuldners ersetzen, sondern sie kann dies nur, wenn sie im Namen des Schuldners erfolgt und rechtlich wie eine Handlung dss Schuldners behandelt wird, auf Grund seiner Vollmacht. An dieser fehlt es aber gerade, und damit fehlt eine wesentliche Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 773 C.-Pr.-O. Die Behauptung, dass hier die Ermächtigung ertheilt werden könne mit der Wirkung, dass nunmehr die Handlung des Dritten diejenige des Schuldners ersetze, legt dem Beschlusse die Kraft bei, die Voraussetzungen zu schaffen, von denen er abhängt: Münchhausen, der sich am eigenen Zopf emporzieht.

Der Nachdruck des Beschlusses nach § 773 C.-Pr.-O. liegt nicht darauf, dass der Gläubiger ermächtigt wird, die Handlung von einem Dritten vornehmen zu lassen, sondern darauf, dass er ermächtigt wird, sie auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen. Dazu, dass die Handlung des Dritten die Schuld des Schuldners tilgte, bedürfte

es der Ermächtigung des Gerichts nicht im mindesten. Denn es kann bekanntlich jeder Dritte selbst wider meinen Willen meine Schuld begleichen.[1]) Der Ermächtigung des Gerichtes bedarf es vielmehr nur, um den Schuldner mit den Kosten der Handlung des Dritten zu belasten, zu deren Vorausbezahlung er verurtheilt werden kann, vorbehaltlich der Nachforderung, wenn die Handlung grössere Kosten verursacht (§ 773 Abs. 2 C.-Pr.-O.). Es bedarf ihrer ferner, um den Schuldner zur Duldung der Handlung des Dritten zu verpflichten, soweit dies in Frage kommt, wie namentlich bei Vornahmen auf dem Grundstück des Schuldners. Civilrechtlich ist der Schuldner nur verpflichtet, selbst zu handeln, eventuell das Interesse mangels seiner Handlung zu leisten, welches mit Tragung der Kosten der Handlung eines Dritten nicht identisch ist. Die Handlung eines Dritten zu dulden und zu bezahlen, verpflichtet ihn erst der Beschluss des Gerichts.[2])

Dabei bleibt aber Folgendes zu beachten. Der Schuldner kann noch durch eigene Handlung sich befreien und auf diesen Grund hin gemäss §§ 686. 688 C.-Pr.-O. der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung entgegentreten und die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmassregel, nämlich des Ermächtigungsbeschlusses, erwirken. Diese Möglichkeit fällt fort, wenn der Dritte die Handlung bereits vorgenommen hat. Ist zwar dies noch nicht geschehen, hat aber der Gläubiger bereits mit einem Dritten wegen Vornahme der Handlung kontrahirt, so bleibt der Schuldner, wenn er die Hand-

---

[1]) D. 46, 3, 23 (Pomp.) 40 (Gai). D. 3, 5, 38 (39) (Gai).

[2]) Der Beschluss ist Zwangsvollstreckungstitel in Bezug auf die Duldung. Der Gläubiger kann gemäss § 777 C.-Pr.-O. zur Beseitigung etwaigen Widerstandes einen Gerichtsvollzieher zuziehen. Aber er braucht dies nicht zu thun, sondern kann auch das Strafverfahren gemäss § 775 C.-Pr.-O. einleiten. Hierin liegt nicht eine Vermengung getrennter Zwangsvollstreckungsweisen (wegen Handlungen und wegen Duldungen), gegen deren Möglichkeit wir uns erklärt haben (vgl. ob. S. 74 79), sondern das Verhältniss ist dies, dass die urtheilsmässige Verpflichtung, zu handeln, durch den vollstreckbaren Beschluss umschlägt in zwei andere Verpflichtungen: zu dulden und zu zahlen, von denen die erste gemäss den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Duldungen ebensowohl vollstreckbar ist, wie die zweite gemäss den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Inwiefern noch auf das ursprüngliche Verpflichtungsverhältniss zurückgegriffen werden kann, darüber im folgenden Text.

lung selbst vornimmt, dem Gläubiger jedenfalls zur Erstattung desjenigen verbunden, was der Gläubiger dem Dritten vertragsmässig zu zahlen hat; denn der Dritte verliert den Anspruch auf die vereinbarte Gegenleistung dadurch ohne weiteres nicht, dass der Gläubiger nunmehr von der Handlung des Dritten keinen Gebrauch mehr machen kann. Hieraus resultirt, dass der Schuldner im allgemeinen nicht wohl thun wird, die Handlung noch selbst zu besorgen, nachdem der Gläubiger einen Dritten gedungen hatte.

Der Gläubiger seinerseits wird nicht für befugt erachtet werden können, nach Erlass des sofort vollstreckbaren [1]) Beschlusses den gewählten Weg willkürlich zu verlassen und zur Interesseklage (§ 778 C.-Pr.-O.) überzuspringen, um es etwa hier mit einer im Vergleich zu den Kosten der Handlung eines Dritten höheren Interesseliquidation zu versuchen. Denn wenn auch die C.-Pr.-O. sagt, dass ihre Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung das Recht des Gläubigers nicht berühren, das Interesse zu fordern, so ist damit doch nicht gesagt, dass der Gläubiger zwischen Zwangsvollstreckung und Interesseforderung beliebig variiren könnte. Der Schuldner bliebe bei Erhebung der Interesseklage von der Zwangsvollstreckung aus dem Beschlusse bedroht und müsste selbst erklärten Verzicht des Gläubigers auf die Rechte aus dem Beschlusse erst im Klagewege gemäss §§ 686. 703 C.-Pr.-O. geltend machen. Der Beschluss gemäss § 773 C.-Pr.-O. wirkt für wie gegen den Schuldner; er entlastet ihn ebenso von der Verpflichtung zur eigenen Handlung [2]) und der Verpflichtung mangels dieser das Interesse zu leisten, wie er ihn mit den Kosten der Handlung eines Dritten belastet [3]).

Aber der Beschluss ruht auf der Voraussetzung, dass sich der Gläubiger durch die Handlung eines Dritten den Erfolg, auf welchen er Anspruch hat, verschaffen kann. Sollte sich herausstellen, dass

---

[1]) §§ 701. 776. 702 No. 3. 535 C.-Pr.-O.

[2]) Mit der Möglichkeit der Befreiung durch eigene Handlung ist dies nicht unvereinbar.

[3]) Die Sache steht wesentlich anders als im Falle des § 774 C.-Pr.-O. Diesen Vollstreckungsweg kann der Gläubiger jeden Augenblick verlassen, um zur Interesseklage zu greifen, weil, auch wenn er jenen Weg bis zum letzten Ende verfolgte, ohne dass der Schuldner die Handlung vornähme, die Interesseklage übrig bliebe.

kein Dritter sich zur Uebernahme der Handlung findet, so muss dem Gläubiger die Interesseklage offen stehen. Setzen wir zunächst den Fall, dass der Schuldner nicht verurtheilt ist, die Kosten vorauszubezahlen, so kann der Gläubiger auf Grund des Beschlusses nicht das Geringste von dem Schuldner einfordern, ohne dass die Handlung vorgenommen ist; denn dem Schuldner ist durch den Beschluss nicht auferlegt, zu zahlen, was eine solche Handlung kosten würde, wenn sie erfolgte, sondern was die ausgeführte Handlung (angemessener Weise) gekostet hat. Ist der Schuldner zur Vorausbezahlung verurtheilt, so ist das Ergebniss dasselbe; denn wie der Gläubiger nachfordern kann, wenn die Handlung mehr gekostet hat, so muss auch der Schuldner zurückfordern können, was für die ausgeführte Handlung nicht verbraucht ist[1]); folglich muss er, wenn die Handlung unausgeführt bleibt, alles zurückfordern können (condictio ob causam dati causa non secuta). Es kann aber nicht der Wille der C.-Pr.-O. sein, für solche Fälle den Gläubiger rechtlos zu stellen; er muss also, wenn er die Handlung durch einen Dritten nicht ausführen lassen kann, die Interesseklage anstellen können, wobei der Schuldner mit der Rückforderung des etwa gezahlten Vorschusses kompensiren kann[2]). Der Einwand, dass die Handlung auch ihm unmöglich sei, kommt dem Schuldner nur als neu entstandener gemäss § 686 C.-Pr.-O. zu statten.

Nur mit diesen Vorbehalten kann man den Beschluss gemäss § 773 C.-Pr.-O. als Umwandlung der Handlungspflicht des Schuldners in die Verpflichtung zur Bezahlung und Duldung der Handlung eines Dritten auffassen. Weiter aber als in diesen beiden Beziehungen geht ihn diese Handlung überhaupt nichts an. Der Dritte ist nicht sein Vertreter, sondern völlig selbstständiger Mitkontrahent des Gläubigers[3]). Der Schuldner steht für die mangelhafte Ausführung der Handlung durch den Dritten nicht ein; denn er hat keinerlei Einfluss auf die Auswahl des Dritten, den vielmehr der Gläubiger

---

[1]) Seuffert zu § 773 Anm. 5, Wilmowski-Levy zu § 773 Anm. 4.

[2]) Selbstverständlich kann der Gläubiger auch die Rückforderungsklage des Schuldners abwarten, um dann die Interesseforderung kompensationsweise geltend zu machen.

[3]) Dass der Gläubiger nicht in Stellvertretung des Schuldners mit dem Dritten kontrahirt, bemerkt mit Recht Seuffert zu § 773 Anm. 5.

völlig beliebig wählt, dem Gericht nicht zu nennen, ja bei Erwirkung des Beschlusses noch gar nicht gefunden zu haben braucht, dessen Qualification das Gericht nicht prüft, und den der Gläubiger selber spielen kann, eben weil es jeder sein darf. Wie hätte das Gesetz zu einer solchen Regelung kommen sollen, wenn der Dritte Stellvertreter des Schuldners in einer Rechtshandlung sein könnte! Ist nicht namentlich der Prozessgegner die allerungeeignetste Persönlichkeit hierzu? Dass Akte des Gerichts Erklärungen des Schuldners ersetzen, wie in § 779 C.-Pr.-O. und bei der Ueberweisung einer Forderung (§ 737 C.-Pr.-O.), oder auch Akte des Gerichtsvollziehers, wie bei der Wegnahme von Sachen [1]) und in den Fällen der §§ 723. 724 C.-Pr.-O. bei der Umschreibung gepfändeter auf Namen lautender Werthpapiere und Wiederinkurssetzung gepfändeter ausser Kurs gesetzter Inhaberpapiere — hier auf besondere Ermächtigung durch das Vollstreckungsgericht —, kann man verstehen; dass der Schuldner durch einen beliebigen Dritten oder gar den Kläger vertreten würde, wäre unbegreiflich.

Welche praktischen Schwierigkeiten die bekämpfte Ansicht im Gefolge haben würde, soll hier nicht eingehend betrachtet werden. Nur die vom Oberlandsgericht Kassel für zulässig erklärte Erhebung der Klage durch einen Dritten im Namen des Schuldners wolle man sich in ihren Konsequenzen einmal vergegenwärtigen. Die Ermächtigung könnte sich vernünftigerweise nicht auf die Erhebung der Klage beschränken — sonst würde zu jedem neuen prozessualen Schritt neue Ermächtigung nöthig sein —, sondern sie müsste die Führung des Prozesses mit umfassen.

Die Ermächtigung müsste sogar mehr sein als Vollmacht. Denn der Schuldner dürfte dem Dritten natürlich nicht kündigen können, sonst wäre die Ermächtigung illusorisch, und doch, sollte er nicht später den Prozess selbst in die Hand nehmen können, wenn er sich anders besonnen hat? Könnte der Schuldner, der doch Partei (Kläger) in dem anzustellenden Prozess wäre, miterscheinen und die Erklärungen des Dritten (seines Quasi-Bevollmächtigten) widerrufen oder berichtigen? Klage oder Rechtsmittel selbst oder durch einen zweiten von ihm bestellten Bevollmächtigten zurücknehmen (§ 80

[1]) Vergl. ob. S. 74 ff.

C.-Pr.-O.)? Könnte er dies, so würde er dem Vollstreckungsgläubiger den Prozess bald verleiden; könnte er dies alles nicht, was für eine Stellung hätte er dann in seinem eigenen Prozess? Ordnung käme in die Sache nur dann, wenn man den Schuldner als prozessunfähige Partei und den Dritten, der auf Grund der Ermächtigung die Klage erhebt, als seinen gesetzlichen Vertreter behandelt; dieses kennt aber die C.-Pr.-O. sicherlich nicht.

Die Ansicht, dass die Ermächtigung des Gerichts den Dritten zum Handeln im Namen des Schuldners legitimire, ist vielleicht mit veranlasst durch die Erscheinung, dass unzweifelhaft der Kläger, wenn der Beklagte verurtheilt ist, ihn von einer Schuld,[1]) Bürgschaft,[2]) hypothekarischen Last[3]) zu befreien, sich ermächtigen lassen kann, diese Handlung auf Kosten des Beklagten durch einen Dritten, — der er auch selbst sein kann, — vornehmen zu lassen. Wenigstens ist es diese Erscheinung, zu deren Begründung der fünfte Senat des Reichsgerichts den oben angeführten Satz aufstellt, dass die gerichtliche Ermächtigung die Vollmacht des Schuldners bei allen Handlungen vertrete, welche der Schuldner auf Grund seiner Vollmacht durch einen Dritten vornehmen lassen kann.[4]) Allein diese Begründung ist ganz überflüssig, weil die Befreiung eines andern von seiner Schuld mit der Stellvertretung, dem Handeln in seinem Namen, wie bereits oben bemerkt ist, gar nichts zu thun hat. Der Kläger kann sich in solchen Fällen selbst befreien, und wenn er für eine Schuld des Beklagten haftet, soweit es zu seiner Befreiung nöthig ist, die Schuld des Beklagten selbst wider dessen Willen tilgen oder durch einen beliebigen Dritten tilgen lassen; die Ermächtigung des Gerichts braucht er nur, um die Kosten von dem Schuldner einziehen zu können.

Was insbesondere die Löschung der Hypothek angeht, von

---

[1]) O.-L.-G. Dresden, Beschl. v. 22. XII. 81, Annalen B. 3 S. 271, Zeitschr. f. C.-Pr. B. 6 S. 525.

[2]) Reichsger., Feriensen., Beschl. v. 14. IX. 87., Entsch. B. 18 S. 435.

[3]) Reichsger., V. Senat, Beschl. v. 27. VI. 88, Entsch. B. 21 S. 377, Beschl. v. 24. IV. 89, Entsch. B. 23 S. 364ff.; O.-L.-G. Dresden, Beschl. v. 25. VII. u. v. 9. VIII. 81, Zeitschr. f. C.-Pr. B. 6 S. 527 a. E.; O.-L.-G. Jena 13. V. 85, Thür. Blätter B. 33 S. 279.

[4]) Vgl. ob. S. 137.

welcher das Grundstück des Klägers befreit werden soll, so führt weder der Löschungsantrag noch die Extrahirung löschungsfähiger Quittung von dem Gläubiger dazu, dass im Namen und mit Vollmacht des zur Herbeiführung der Löschung verurtheilten Beklagten gehandelt werden müsste. Den Löschungsantrag stellt der Grundeigenthümer in eigenem Namen,[1]) und hat nach Bezahlung der Post ein eigenes Recht, den Hypothekgläubiger auf Löschungsbewilligung zu verklagen.[2]) Die Ermächtigung aus § 773 bewirkt in beiden Beziehungen nur die Verpflichtung des Verurtheilten, die zu zahlende Schuldsumme, die Löschungs- und nöthigenfalls die Prozesskosten (soweit sie nicht vom Hypothekgläubiger zu erlangen sind), dem Kläger vorauszuzahlen oder zu erstatten.

Das Reichsgericht hat in der angezogenen Entscheidung[3]) die Ermächtigung aus § 773 C.-Pr.-O. verweigert, weil es den Einwand der Beklagten für erheblich hielt, das Dokument über die eingetragene Post, um deren Löschung es sich handelte, sei verloren. Der Gerichtshof nahm an, es könne vielleicht zugegeben werden, dass durch die Ermächtigung die Kläger legitimirt würden, das Aufgebot des angeblich verlorenen Hypothekenbriefes zu betreiben; nach § 840 C.-Pr.-O. gehöre aber zur Begründung des Aufgebotsantrages das Erbieten zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Angaben des Antragstellers und nach § 25 A.-G. z. C.-Pr.-O. auf Erfordern des Richters die Leistung des Eides. Weder das eine noch das andere könne durch einen Bevollmächtigten geschehen, es könne also auch dazu richterliche Ermächtigung für einen Dritten nicht ertheilt werden. U. E. liegen diese Fragen so: wenn das Aufgebot von dem Beklagten als Partei im Aufgebotsverfahren zu betreiben ist, so kann eine Ermächtigung zur Stellung des Aufgebotsantrages und zur weiteren Betreibung des Aufgebotsverfahrens in Vertretung des Beklagten für einen Dritten deswegen nicht ertheilt werden, weil die Ermächtigung die Vollmacht überhaupt nicht ersetzt; auf das Erbieten zum Eide und die Eidesleistung kommt es dann nicht weiter an, wenngleich entgegen der Ansicht des Reichtsgerichts doch die Anbietung des

[1]) Grundb.-O. § 92.
[2]) Ges. über den Eigenthumserwerb u. s. w. § 63, Grundb.-O. § 94 No. 2.
[3]) Ob. S. 137 [1].

Eides der Partei durch einen Bevollmächtigten erfolgen könnte. Aber das Aufgebot eines Hypothekenbriefes zum Zwecke der Löschung der Hypothek kann der eingetragene Eigenthümer in eigenem Namen aus eigenem Rechte betreiben,[1]) die Ermächtigung, dieses auf Kosten des zur Herbeiführung der Löschung Verurtheilten zu thun, kann auch hier wieder nur die Bedeutung haben, dem Beklagten die Kosten dafür aufzubürden. Aus dem Urtheil des Reichsgerichts ist keine Thatsache ersichtlich, wegen deren diese Annahme für den dort entschiedenen Fall unzutreffend wäre.

Ein anderer Fall, in welchem man mit Recht den § 773 C.-Pr.-O. für anwendbar erachtet hat, ohne dass dies auf die Ermächtigung des Klägers führte, im Namen des Beklagten durch einen Dritten handeln zu lassen oder zu handeln, ist der folgende, vom Oberlandesgericht zu Dresden[2]) entschiedene. Die Beklagten waren rechtskräftig verurtheilt, der Klägerin für deren Hausgrundstück eine Fahrwegsgerechtigkeit an dem Grundstück eines Dritten zu verschaffen. Im Gegensatz zu dem Landgericht hielten das Oberlandesgericht Dresden sowie das Reichsgericht es für zulässig, die Klägerin zu ermächtigen, sich selbst — in Uebernahme der Rolle des Dritten — die Wegegerechtigkeit von dem Eigenthümer des Grundstücks bestellen zu lassen und den Beklagten die Vorauszahlung der Kosten in angemessenem Betrage aufzuerlegen. Gewiss mit Recht; aber es handelt sich hier auch gar nicht darum, dass die Klägerin als Vertreterin der Beklagten dem Grundeigenthümer gegenüber auftreten sollte[3]), sondern nur darum, dass sie durch Vertrag in eigenem Namen das Ergebniss herbeiführen wollte, welches die Verurtheilten hätten herbeiführen sollen. Der Fall ist insoweit von jedem andern,

[1]) Vgl. Grundb.-O. §§ 104. 110, Turnau, Grundb.-O. § 110 Anm. 3 S. 569. Dernburg u. Hinrichs, preuss. Hypothekenrecht Abth. 2 S. 330. Der von dem Inhaber der Post nach Grundb.-O. § 110 Abs. 2 zu leistende Eid erfolgt nach A.-G. z. C.-Pr.-O. § 25 nicht mehr, sondern nur noch der in § 829 Abs. 2 C.-Pr.-O. vorgesehene Eid des Antragstellers, dieser auf Anordnung des Gerichts.

[2]) Beschl. v. 30. I. 84, bestätigt durch Beschl. des Reichsgerichts, Dresdener Annalen B. 5 S. 357.

[3]) Dies nimmt irrig an Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 301, indem er den Beschluss des O.-L.-G. Dresden als im Gegensatz befindlich zu der oben S. 135 [1] angeführten Entscheidung des Kammergerichts ansieht.

in welchem der Gläubiger etwa ermächtigt ist, sich eine Reparatur, zu der der Beklagte verurtheilt ist, durch Vertrag mit einem Dritten zu verschaffen, gar nicht wesentlich verschieden; das Besondere liegt nur darin, dass hier nur eine Person, nämlich der Eigenthümer des dienstbar zu machenden Grundstücks, als Mitkontrahent von der Klägerin ins Auge gefasst werden, und dass an dessen Ablehnung das Ganze scheitern oder seine übertriebene Preisforderung die Beklagten gefährden konnte. Mit Recht aber wurde angenommen, dass das richterliche Ermessen über die Höhe der von den Beklagten beizutreibenden Kosten entscheide. War die Servitut nicht, oder nicht für solchen Preis zu haben, so konnte die Klägerin ihr Interesse fordern [1]) und hierauf die vorgeschossenen Kosten, die sie an und für sich zurückgeben müsste, quoad quantitates concurrentes, aufrechnen.

Auch die Verurtheilung zur Bestellung einer Realsicherheit [2]) ist nach Massgabe des § 773 C.-Pr.-O. vollstreckbar, wenn die Sicherheit nicht nothwendiger Weise mit einem Vermögensstück des Beklagten bestellt werden muss, also, wenn die Sicherheit durch Stellung von Bürgen oder durch beliebige (wenn nur ausreichende) reguläre oder irreguläre Pfänder, insbesondere durch Hinterlegung von Geld oder Werthpapieren erfolgen soll [3]). Freilich muss hier, soviel die Hinterlegung angeht, zunächst zu einem Beschlusse des Oberlandesgerichts Hamm [4]) Stellung genommen werden. In dem diesem Beschluss zu Grunde liegenden Falle waren die Beklagten verurtheilt, eine Geldsumme dergestalt zu Gunsten des Klägers zu hinterlegen, dass letzterer nach dem Tode eines Niessbrauchers zu ihrer Erhebung berechtigt sei. Der Kläger hatte die Ermächtigung aus § 773 C.-Pr.-O. beantragt. Das Oberlandesgericht nahm jedoch mit der Vorinstanz an, dass die dem Beklagten auferlegte Leistung eine gemäss §§ 708 ff.

---

[1]) Weil ein Urtheil auf Verschaffung eines Rechtes vorlag, und die Unmöglichkeit, dasselbe zu gewähren, in der Zwangsvollstreckungsinstanz nicht mehr eingewendet werden kann, es wäre denn die Unmöglichkeit erst nach der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten. Vgl. ob. S. 65 ff.

[2]) Die blosse Verbalkaution fällt unter § 779 C.-Pr.-O. (vgl. ob. S. 79 f.).

[3]) So für die Sicherheitsleistung gemäss A. L.-R. I, 14 § 186: Reichsgericht VI. Sen., Urth. v. 3. XI. 87, Entsch. B. 19 S. 207, für diejenige gemäss § 101 C.-Pr.-O.: Fitting Reichscivilprozess § 108[15] S. 770.

[4]) V. 29. III. 86, Zeitschr. f. C.-Pr. B. 13 S. 419.

C.-Pr.-O. zu erzwingende Geldzahlung sei. Dass in diesem Falle der Gerichtsvollzieher nach dem Urtheil die Verpflichtung habe, die beigetriebene Summe nicht an den Kläger, sondern zur Hinterlegungsstelle zu zahlen, ändere daran ebensowenig etwas, wie wenn die Verurtheilung auf Zahlung an einen Dritten lautete. Dagegen erklärte der dritte Senat des Reichsgerichts [1]) in Bezug auf die Verpflichtung, Werthpapiere zum Zwecke einer Kaution zu deponiren, den § 770 C.-Pr.-O. für unanwendbar, weil derselbe nur von Leistung an den Gläubiger zu verstehen sei. Konsequent wird dieser Gerichtshof also auch die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen nur von der Geldzahlung an den Gläubiger verstehen. Dies ist auch richtig. Bei der Zwangsvollstreckung wegen Leistung einer Quantität von vertretbaren Sachen oder Werthpapieren kommt nach § 770 C.-Pr.-O. der § 769 zur entsprechenden Anwendung, und dieser kennt nur Wegnahme und Uebergabe an den Gläubiger; ebenso spricht § 716 C.-Pr.-O. nur von Ablieferung gepfändeten Geldes an den Gläubiger. Beides beweist, dass die genannten Vorschriften nur Forderungen auf Zahlung (Leistung) an den Gläubiger im Auge haben; es hätte sonst vorgesehen werden müssen, dass der Gerichtsvollzieher das Geld oder die sonstigen Sachen gegebenen Falls nicht an den Gläubiger abliefern, sondern ihrem anderweitigen Zwecke zuführen müsse [2]). Auch § 766 C.-Pr.-O. gedenkt im Vertheilungsverfahren nur der Auszahlung an die Gläubiger. In doppeltem Sinne unterstützend sind die Vorschriften über die Pfändung von Geldforderungen. Nach § 730 C.-Pr.-O. hat das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten, „an den Schuldner zu zahlen“; dem Schuldner gebietet es, „sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten“. Nach § 736 C.-Pr.-O. ist die gepfändete Geldforderung „dem Gläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerthe zu überweisen“. Daraus geht einmal aufs neue hervor, dass die C.-Pr.-O. bei der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen an nichts anderes denkt, als dem Gläubiger das Geld zu verschaffen;

---

[1]) Beschl. v. 12. VII. 81, Blätter f. Rechtsanwend. zun. in Bayern 4. Ergänz.-B. S. 77.

[2]) Vgl. Krafft, Blätter f. Rechtsanwend. zun. in Bayern 8. Ergänz.-B. S. 215.

ferner aber, dass sie auch bei der Zwangsvollstreckung in Geldforderungen mit diesem Ausdruck nur solche bezeichnet, inhalts deren der (Dritt-)Schuldner an seinen Gläubiger (den Vollstreckungsschuldner) zu zahlen hat. Dies harmonirt auch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch und ist sachlich begründet; die Forderung auf Sicherstellung durch Hinterlegung einer Geldsumme oder auf Zahlung einer solchen an einen Dritten ist auch materiellrechtlich etwas anderes als die Forderung auf dare pecuniam scl. creditori. Man kann dies am Konkursrechte kontrolliren. Das Konkursrecht kennt nur Vertheilungen an die Konkursgläubiger (§§ 137 ff. K.-O.). Wer eine Forderung auf Zahlung eines bestimmten Geldbetrages an einen Dritten hat, kann im Konkurse nur Zahlung einer bestimmten Geldsumme an sich selbst geltend machen. Also ist im Sinne des § 62 K.-O. diese Forderung eine solche, welche für die Geltendmachung im Konkurse erst in ihren Schätzungswerth umzusetzen ist, d. h. in den Betrag, welchen es dem Gläubiger werth ist, dass die Summe dem Dritten gezahlt wird, ein Betrag, der mit dieser Summe nicht nothwendig identisch ist.

Wenn danach die Verpflichtung zur Hinterlegung von Geld oder andern Sachen im Sinne der C.-Pr.-O. nicht Verpflichtung zur Geldzahlung oder zur Herausgabe von Sachen ist, so ist die Hinterlegung eine Handlung, und zwar eine vertretbare, da jeder Dritte ohne Zustimmung des Schuldners rechtlich in der Lage ist, sein Geld oder seine Werthpapiere zur Sicherheit für des Schuldners Obliegenheiten zu hinterlegen. Ebenso kann jeder Dritte auf sonstige Art ein Pfand für den Schuldner bestellen oder sich für ihn verbürgen; es unterliegt also die Anwendbarkeit des § 773 C.-Pr.-O. in allen diesen Fällen keinem Bedenken.[1])

[1]) Auf die Schwierigkeiten der Durchführung einzugehen, welche Krafft a. a. O. S. 216 f. hier erblickt, würde uns von unserer Hauptfrage zu weit abführen. Richtig ist, dass es in juristische Unmöglichkeiten verwickeln würde, wenn der Gläubiger den Dritten in solchen Fällen selbst darstellen wollte; aber dann muss er dies unterlassen und einen echten Dritten suchen. Die Schwierigkeiten in Ansehung des Kostenpunktes, auf welche Krafft aufmerksam macht, haben einen tieferen Grund, nämlich den, dass der Gläubiger hier wie sonst als alleiniger Mitkontrahent des Dritten auftreten muss, also selbst dem von ihm zu gewinnenden Dritten gegenüber aus seinem Auftrage regresspflichtig ist. U. E. löste ich dies Bedenken so: Der Schuldner muss dem Gläubiger die Mittel ein-

Es ist nun aber möglich, dass die Sicherheit urtheilsmässig nothwendig mit einem Vermögensstück des Schuldners zu leisten ist. Soll dies geschehen durch Bewilligung einer Hypothek, oder durch Uebergabe der Sache zu Faustpfand, so ergeben sich gar keine Schwierigkeiten. Im ersteren Falle hilft § 779, im letzteren die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zur Herausgabe von Sachen. Soll aber die Sache zur Sicherheit des Klägers hinterlegt werden, und sind also diese Vorschriften nicht anwendbar, so ist der Schuldner zu einer Handlung verurtheilt, und zwar zu einer solchen, die von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann, die aber, vorausgesetzt, dass der Schuldner die Sache hat, ausschliesslich von seinem Willen abhängt, und die sich also zur Zwangsvollstreckung aus § 774 C.-Pr.-O. qualificirt.

Der Ermächtigung des Gläubigers, die Hinterlegung durch einen Dritten im Namen des Schuldners vornehmen zu lassen, würde alles bereits Ausgeführte entgegenstehen. Der Fall führt aber noch auf eine andere Frage, die nämlich, ob es nicht möglich ist, dass der Dritte auf Ermächtigung des Gerichts zwar im eigenen Namen handle, aber doch über Rechte des Schuldners dabei gültig disponire, eine Frage, die von der nach der Zulässigkeit des Handelns im Namen des Beklagten auf Ermächtigung des Gerichts augenscheinlich verschieden ist. Ich kann z. B. eine fremde Sache nicht nur im Namen des Eigenthümers verpfänden, sondern bekanntlich auch in eigenem Namen mit seinem Konsens. Allein auch dieser Konsens wird durch die Ermächtigung des Gerichts nicht ersetzt, weil auch hier wieder der Beschluss, statt eine Handlung vorzufinden, welche durch einen Dritten vorgenommen werden kann, diese Möglichkeit erst schaffen müsste, wozu er nach § 773 C.-Pr.-O. nicht im Stande ist.

händigen, welche erforderlich sind, um den Dritten wegen seines Regressanspruches zu befriedigen; dies ist der Hauptheil der Kosten einer durch einen Dritten wirksam zu beschaffenden Sicherheit. In dem einfachen Falle, dass die Sicherheit durch Hinterlegung einer Geldsumme zu leisten ist, führt dies dahin, dass der Schuldner die zu hinterlegende Summe an den Gläubiger zu zahlen hat, damit dieser im Stande sei, sie dem Dritten zu erstatten. Das Ergebniss ist ähnlich, aber doch wesentlich anders, als dasjenige, zu welchem das O.-L.-G. Hamm kommt. Das Genauere kann hier nicht gegeben werden.

Waag[1]) nimmt an, dass der Loosnehmer gegen den Ausspieler auf Vornahme des Loosabsatzes klagen und die Ermächtigung des Gerichts erwirken könne, den Loosabsatz auf Kosten des Ausspielers vorzunehmen. Dieser Absatz braucht nicht nothwendig im Namen des Ausspielers vor sich zu gehen; der Dritte könnte die entsprechenden Verträge in eigenem Namen schliessen; aber er müsste doch in Stand gesetzt werden, den Abnehmern die Loose zu tradiren. Auch das nicht nothwendig im Namen des Ausspielers, aber doch in rechtsgültiger Disposition über dessen Eigenthum, und mit der Wirkung der Uebertragung der entsprechenden Forderungsrechte und selbstverständlich mit der Verpflichtung zur Abführung des Erlöses an den Ausspieler. Wir hätten also hier nicht nothwendig einen Zwangsbevollmächtigten, aber mindestens einen octroyirten Kommissionär oder etwas dem Aehnliches vor uns. Allein die Disposition über meine Rechte ist keine Handlung, welche an und für sich, d. h. vor dem Beschlusse nach § 773 C.-Pr.-O., von einem beliebigen Dritten vorgenommen werden kann, und darum kann hier so wenig wie bei der Stellvertretung von der Ermächtigung zur Vornahme der Handlung die Rede sein.

Auch der weiteren von Waag[2]) aufgestellten Ansicht, dass ein Loosnehmer auf Vornahme der Ausspielung klagen und sich ermächtigen lassen könne, im Zwangsvollstreckungswege diese durch einen Dritten vornehmen zu lassen, kann nicht beigetreten werden. Die Ausspielung, die Ziehung, ist nicht ein rein thatsächlicher Akt, sondern eine Rechtshandlung des Ausspielenden, die an seiner Statt ein Dritter nur mit seiner Zustimmung vornehmen kann. Ziehungen nach dem Spielplan lassen sich in beliebiger Wiederholung und vielleicht von mehreren in Konkurrenz mit einander mit ganz verschiedenen Ergebnissen veranstalten. Nicht eine Ziehung nach den und den Prinzipien, sondern diejenige, welche der Ausspieler veranstaltet, soll vertragsmässig über Gewinn und Verlust entscheiden. Gesetzt, es hätten mehrere Loosnehmer in selbstständigen Prozessen rechtskräftige Verurtheilungen des Ausspielers zur Vornahme der

[1]) Jahrbücher für Dogmatik B. 21 S. 406.

[2]) A. a. O. S. 407. Zustimmend Seuffert zu § 773 Anm. 2, Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 301.

Ausspielung erstritten, und jeder wäre ermächtigt, die Ausspielung auf Kosten des Ausspielers selbst vornehmen zu lassen. Wer hätte den Vorrang? Käme es darauf an, wer zuerst die Ausspielung thatsächlich bewirkt? Mit welchem Rechte? Und wie, wenn beide gleichzeitig eine planmässige Ziehung bewerkstelligten? Man sieht, auf diesem Wege kann die Sache nicht ausgetragen werden. Die Ermächtigung des Gerichts, die Ausspielung auf Kosten des Verurtheilten vornehmen zu lassen, kann entsprechend allem früher Bemerkten nicht ertheilt werden, weil die Handlung vor der Ermächtigung von Dritten nicht vorgenommen werden kann. Es ist vielmehr zur Zwangsvollstreckung durch Geldstrafen und Haft gemäss § 774 C.-Pr.-O. zu schreiten, damit der Verurtheilte die Ausspielung selbst vornehme.

Von dem hier abgelehnten Standpunkte aus läge es namentlich nahe, die Verurtheilung zur Theilung einer gemeinschaftlichen Sache mit dem Kläger für vollstreckbar nach § 773 C.-Pr.-O. zu halten, möchte nun das Urtheil dahin lauten, dass der Beklagte mit dem Kläger die Sache real zu theilen, oder dahin, dass er das Objekt gemeinschaftlich mit dem Kläger zum Verkauf zu bringen habe[1]). Es könnte ein Dritter die hierzu erforderliche Disposition über das Mitrecht des Beklagten vornehmen, indem der Konsens des Beklagten durch die Ermächtigung des Gerichts ersetzt würde; es könnte auf diesem Wege auch der Kläger selbst die reelle Abtheilung vornehmen oder allein für gemeinschaftliche Rechnung das Objekt verkaufen. Man sieht leicht, wie das praktisch bedenklich wäre; nach unserer Auffassung ist es nicht möglich. Es hat auch das Oberlandesgericht Jena[2]) in einem Falle, wo behufs Vornahme einer Realtheilung die Ermächtigung aus § 773 C.-Pr.-O. beantragt war, den Antrag abgewiesen, „weil die auf eine ausgleichende Theilung des Grundes und Bodens sich beziehenden Fragen nur nach contradictorischer Verhandlung durch den Prozessrichter entschieden, nicht aber vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgetragen, am wenigsten aber von einem beliebigen Dritten festgestellt werden können.“ Ein Urtheil, welches sich auf die Anordnung einer Realtheilung beschränkte, sei, so sagt das Gericht, analog einem solchen, welches die Verbindlichkeit zu einer Leistung feststelle ohne Angabe der Quantität und Qualität.

Damit ist zugleich der richtige Weg angedeutet, welcher zu beschreiten ist. Der Richter hat auf erhobene Theilungsklage die Auseinandersetzung erschöpfend selber festzusetzen; dazu hat er die Adjudikations- und Kondemnationsbefugniss. Ist dies nicht geschehen, so bleibt nur Klage auf Grund des ersten Urtheils übrig, damit ein zweites dem Mangel des ersten abhelfe.

Einen merkwürdigen Fall der Verurtheilung zur Theilung, nämlich einer gemeinschaftlichen Schuld, behandelte das Reichsgericht [3]). Auf Klage eines Landarmenverbandes waren mehrere Geschwister eines Pfleglings einer Provinzialirrenanstalt nach A. L.-R. II, 3 § 20 verurtheilt, jährliche Pflegegelder zu zahlen und „diese gemeinschaftliche Schuld nach Verhältniss des Vermögens der Einzelnen unter sich zu theilen.“ Das Reichsgericht erklärte hier das Zwangsverfahren aus § 774 C.-Pr.-O. in Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht Stettin für unzulässig, weil die Theilung nicht vom Willen der einzelnen Beklagten ausschliesslich abhänge. Es fügte hinzu, dass in solchen Fällen dem Gläubiger nur übrig bleibe, die Interesseklage wegen Nichterfüllung des Judikats anzustellen, um so eine gegen die einzelnen Verpflichteten vollstreckbare Forderung zu erwerben. Dies ist unzweifelhaft richtig [4]), und wenn Seuffert [5]) unter Bezugnahme auf das angeführte Erkenntniss sagt, dass hier „nicht der § 774, sondern der § 773 anzuwenden“ sei, so ist man versucht zu glauben, dass dort § 773 irrig für § 778 steht. Sollte wirklich behauptet werden, dass der Kläger sich in derartigen Fällen ermächtigen lassen könnte, die Theilung der Schuld unter die mehreren Beklagten auf deren Kosten durch einen Dritten (oder sich selbst!) vornehmen zu lassen, so wäre das unbedingt abzulehnen. Der beliebige

[1]) Einen Fall der Verurtheilung, Grundstücke gemeinschaftlich mit der Klägerin zum öffentlichen Verkaufe zu bringen, zeigt das Urth. des O.-L.-G. Braunschweig v. 13. III. 82, Seufferts Archiv B. 38 S. 420 ff. Dieser Fall hatte sich durch verkehrte Massnahmen bereits so verwickelt, dass es dem O.-L.-G. nicht gelungen ist, eine völlig klare Entscheidung desselben zu geben; insbesondere findet sich S. 422 eine bedenkliche Verweisung auf § 773 C.-Pr.-O.

[2]) Urth. v. 9. VIII. 82, Zeitschr. f. C.-Pr. B. 7 S. 114, Thüringer Blätter B. 30 S. 103 ff.

[3]) Feriensen., Beschl. v. 10. VIII. 89, Entsch. B. 24 S. 378 ff.

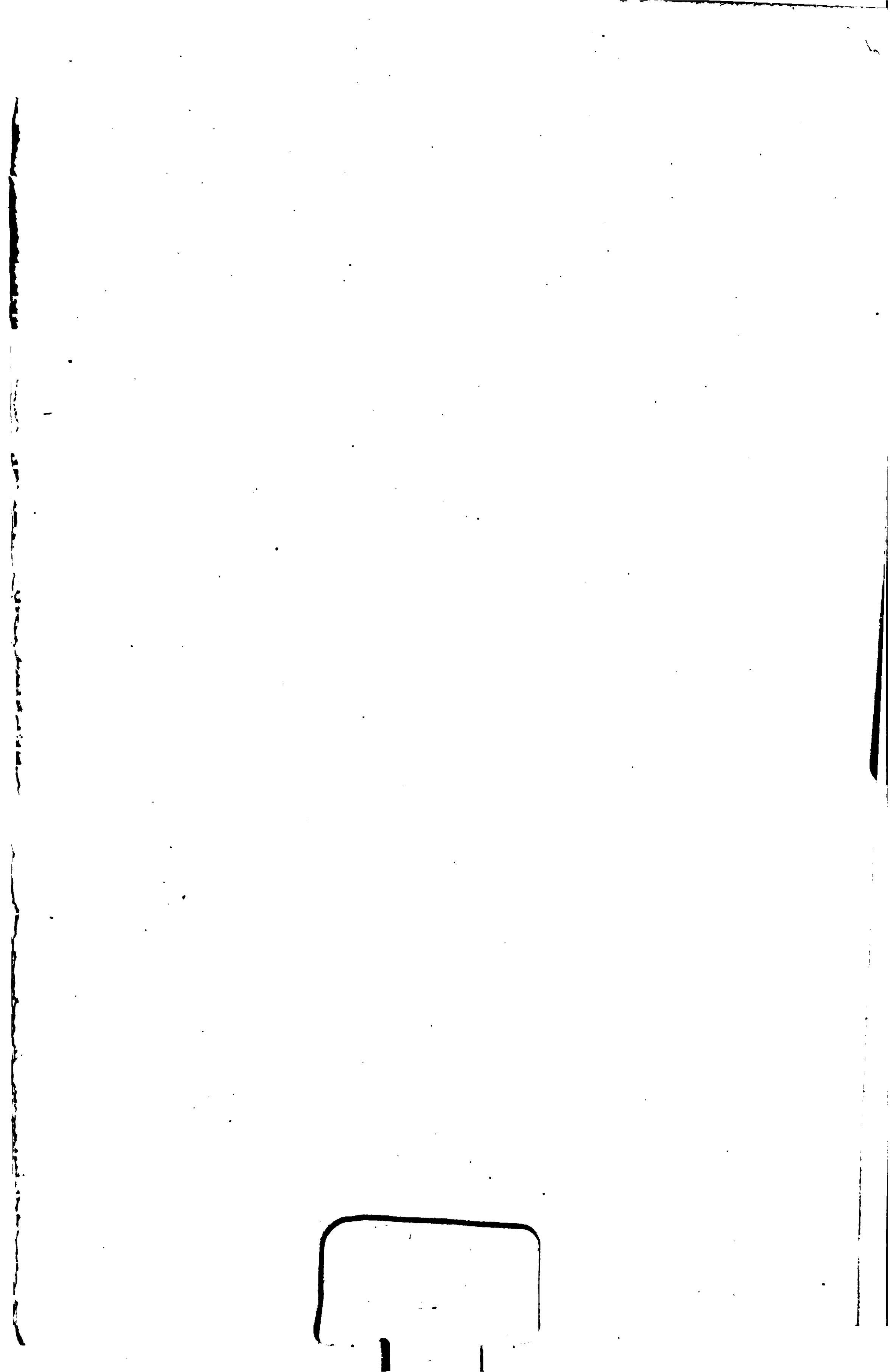
[4]) Dafür auch Förster-Eccius preuss. Privatr. B. 4 § 239[12] S. 240.

[5]) Zu § 774 Anm. 1 a. E.

Dritte oder gar der Kläger hätte hier die seltsamste Stellung eines arbiter zwischen den mehreren Beklagten; es ist Sache des Gerichts, zu entscheiden, wie viel jeder einzelne zu der Alimentation beizutragen hat, und hat sich das erste Urtheil darauf verlassen, dass die Beklagten die Theilung durch Vertrag festsetzen werden, so muss, wenn dies fehlschlägt, ein zweites Urtheil eingreifen.

Das Ergebniss ist: Die Verurtheilung zu Rechtshandlungen ist gemäss § 773 C.-Pr.-O. nur dann vollstreckbar, wenn die Rechtshandlung eines Dritten als dessen Handlung ohne Vollmacht oder Zustimmung des Schuldners geeignet ist, dem Gläubiger zu verschaffen, was ihm gebührt; wenn die Handlung von einem Dritten nur mit Vollmacht oder Konsens des Schuldners vorgenommen werden könnte, so ist § 773 nicht anwendbar, und nur — wofern die Handlung ausschliesslich von dem Willen des Schuldners abhängt — das Verfahren gemäss § 774 C.-Pr.-O. zulässig; das erste wie das zweite unbeschadet der Interesseklage.

Inhalt.



Verlag von Lipsius und Tischer in Kiel und Leipzig.

Krueger, W. C., Die Besetzung der Subaltern- und Unterbeamtenstellen bei den Reichs- und Staatsbehörden sowie in der Verwaltung der Kommunalverbände des Preussischen Staates mit Militäranwärtern. Für Behörden, Beamte und Militäranwärter zusammengestellt und das Gesetz vom . . . . . . 1892 aus den amtlichen Materialien erläutert. Preis ca. Mk. 1.50.

— —, **Die Organisation der Staats- und Selbstverwaltung in der Provinz Schleswig-Holstein.** Gebunden Mk. 7.—.

Michler, J. M., Kirchliche Statistik der evangelisch-lutherischen Kirche der Provinz Schleswig-Holstein. 2 Bände. Mk. 24.—; gebunden Mk. 27.50.

Moraht, L., Anleitung für Polizeibehörden, betreffend die Verhandlung der Strafsachen nebst einer Nachweisung wichtiger Verordnungen und Gesetze, betreffend das Verwaltungsfach in der Provinz Schleswig-Holstein. Zum Handgebrauch für untere Verwaltungsbehörden. Mk. 1.—.

Sammlung der in der Provinz Schleswig-Holstein geltenden Polizeiverordnungen. Amtliche Ausgabe; Schleswig, Juli 1889. Gebunden Mk. 4.—; durchschossen Mk. 6.—.

Schwartz, E., Das Grundbuchrecht der Provinz Schleswig-Holstein in seiner gegenwärtigen Geltung. Gebunden Mk. 10.—.

Seestern-Pauli, Justizr. Dr. W., Der § 1102 des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und die in Schleswig-Holstein, Altona nach dem früheren Recht zulässige Eintragung einer neuen Hypothek an die Stelle der erloschenen. Mk. 2.60.

— —, Die Vortheile der aus den schleswig-holsteinischen Schuld- und Handprotokollen in die Grundbücher übertragenen Gläubiger und das in den Rückwirkungsvorschriften des Grundbuchrechts in Kassel enthaltene Prinzip. Mk. 1.50.

— —, **Das Grundbuchrecht für die Provinz Schleswig-Holstein.** 2 Theile. Mk. 12.—; in 1 Band gebunden Mk. 14.—.

— —; **Die protokollirten Gläubiger in der Provinz Schleswig-Holstein und der 1. Oktober 1879.** Für Juristen und Nichtjuristen. 2. Auflage. Mk. 1.—.

Staack, Rechnungsrath, H. C., Das Medizinal- und Gesundheitswesen mit besonderer Berücksichtigung der Provinz Schleswig-Holstein. Gebunden Mk. 8.—.

Steffenhagen, Oberbibliothekar, Dr. E., Der Pflichtexemplarzwang in der Provinz Schleswig-Holstein. Eine Schutzschrift. Mk. 1.—.

Stemann, A., Repertorium zu den schleswig-holsteinischen Anzeigen von 1859 bis 1879 incl. 1880. Mk. 7.—; gebunden Mk. 8.—.

Vademecum für den schleswig-holsteinischen Amtsvorsteher. 50 Pfg.

Vorschläge für die Ordnung des Hauptgottesdienstes auf Grundlage des Entwurfs einer Gottesdienstordnung für die evangelisch-lutherische Kirche der Provinz Schleswig-Holstein. 30 Pfg.

Wetzel, A., Das Landrecht und die Beliebungen des „Rothen Buchs“ in Tönning. Preis Mk. 2.—.

Druck von A. Hopfer in Burg.